DEMOCRACIA E JUSTIÇA NA AMÉRICA LATINA: PARA ONDE VAMOS?

Organização
Lígia Mori Madeira
Marjorie Marona
Andrés del Rio

Democracia e justiça na América Latina: para onde vamos?

UNIVERSIDADE DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

Reitor
Mario Sergio Alves Carneiro

EDITORA DA UNIVERSIDADE DO
ESTADO DO RIO DE JANEIRO

Organização
Lígia Mori Madeira
Marjorie Corrêa Marona
Andrés del Río

Democracia e justiça na América Latina: para onde vamos?

Rio de Janeiro
2022

Sumário

Prefácio

Julio Ríos Figueroa

El libro que tiene el lector en sus manos nos presenta una variedad de refrescantes perspectivas sociolegales y empíricas sobre temas cruciales en la delicada coyuntura en que se encuentra la democracia y la justicia en América Latina. En el volumen se analizan las Cortes Supremas o Constitucionales pero además se amplía la mirada para incorporar la amplia gama de instituciones que forman parte del sistema de justicia como las fiscalías y las defensorías públicas. Por otro lado, el libro pasa la frontera del análisis de las instituciones formales, las que podemos encontrar en constituciones y leyes, y nos lleva a explorar los terrenos fértiles pero todavía poco conocidos de las normas sociales y las instituciones informales en el ámbito de la justicia. Finalmente, como lo podrá comprobar el lector, los capítulos de este volumen buscan evaluar el impacto de las instituciones judiciales (formales e informales) en fenómenos como el acceso a la justicia, la corrupción y la estabilidad política trascendiendo, de este modo, los análisis que se limitan a la contenido de las sentencias de los jueces. Es un libro, en suma, que nos invita a reflexionar sobre el papel de la justicia y las instituciones judiciales frente a los graves retos económicos, sociales y políticos que enfrentan las democracias en nuestra región.

Los retos de la democracia en América Latina

Durante las dos primeras décadas del siglo XXI las democracias latinoamericanas experimentaron importantes cambios políticos y económicos. Para el año 2000, mientras el número de regímenes democráticos en la región llegaba a su punto más alto, se inició un ciclo de expansión de gobiernos electos de izquierda o centro-izquierda que coincidió con un período de sostenido crecimiento económico. Durante esta década la pobreza y (en menor medida) la

desigualdad disminuyeron, en promedio, tanto por los altos precios de los productos primarios en el mercado internacional como por la implementación de políticas redistributivas a favor de los sectores de menores ingresos. La segunda década de este siglo XXI cierra con un escenario político menos auspicioso, con un franco deterioro en la calidad de la democracia en países como Bolivia, Brasil ó México, un retroceso autoritario en Nicaragua y un quiebre democrático en países como Venezuela. Por otra parte, fruto de un clima económico global adverso intensificado de manera extraordinaria por la pandemia de COVID-19, la región enfrenta un desaceleramiento y estancamiento económico que ha vuelto a hacer visible la desigualdad de ingreso y de acceso a bienes públicos fundamentales, como educación y salud.

La región ha enfrentado los vendavales anteriores con un entramado de instituciones públicas débiles, situación que han afectado las democracias de la región desde su origen. Esto se manifiesta tanto en la ineficiencia del sector estatal, como en los numerosos y repetidos conflictos entre ramas de gobierno, el uso partidista de la constitución y las leyes por parte del gobierno y la oposición, y los repetidos escándalos de corrupción pública que deterioran la confianza en el sistema representativo (véase, por ejemplo, el reciente libro de Brinks et. al. 2019).

Como reacción ante el estancamiento económico en contextos de debilidad institucional, hemos presenciado en los años recientes, y sobre todo durante el 2019, procesos de movilización y protesta social masiva en países como Ecuador, Chile y Bolivia y una alta volatilidad electoral que en algunos casos ha llevado al reemplazo de los partidos de izquierda que surgieron en la primera década por partidos de derecha, como en el caso de Brasil, o bien al surgimiento o retorno de gobiernos de centro-izquierda, como en el caso de México y Argentina. Si bien los casos de cambio político parecen ser más auspiciosos que los de protesta y conflicto, lo cierto es que todos los países de la región experimentan una combinación de factores similares que pueden conducir a una inestabilidad política y social que pone en riesgo la democracia. El contexto de alta incertidumbre generado por la pandemia, y las respuestas de los países y gobiernos ante ella, aumentar los riesgos tanto económicos como políticos.

¿Cuál es el papel, en este complicado contexto, del poder judicial? ¿Cómo podemos explicar su centralidad y marginalidad? ¿Qué determina que el poder judicial se convierta en un baluarte de la democracia o en una herramienta de líderes que buscan debilitarla? Estas son precisamente algunas de las preguntas que se plantean en los diversos capítulos de este libro. Las respuestas nos

ayudan a cuestionar algunas ideas preconcebidas sobre los jueces y las cortes, al igual que a identificar algunos hallazgos de los estudios sociolegales sobre el poder judicial que nos siguen siendo útiles para entender dónde estamos y hacia dónde vamos.

El poder judicial y la democracia

El poder judicial es clave para la solución pacífica de conflictos. Los jueces, fiscales, magistrados, y toda la gama de servidores públicos en sus distintas adscripciones en el sistema de justicia, trabajan todos los días para resolver conflictos entre ciudadanos, entre instituciones del estado, y entre el estado y los ciudadanos. La eficacia de la intervención del poder judicial en la resolución de controversias depende de su independencia frente a las partes en conflicto y del uso inteligente e informado de normas y criterios preexistentes para solucionar cada caso en particular. Si los jueces no son independientes, si están vinculados con alguna de las partes, sus resoluciones tenderán a ser sesgadas y generarán suspicacias. Si los jueces no son capaces, si su formación es deficiente y no tienen los méritos necesarios para realizar su función, sus resoluciones tenderán a ser poco convincentes. Independencia y capacidad son dos elementos necesarios para que los jueces puedan resolver conflictos satisfactoriamente, de manera neutral e informada, para que las partes respeten las resoluciones y las acaten, aunque no les favorezcan.

El poder judicial es fundamental para la democracia. A través de la resolución de conflictos, limita el ejercicio arbitrario del poder gubernamental mediante su participación en el sistema de frenos y contrapesos, y garantiza el cumplimiento de los derechos y obligaciones de los ciudadanos (cfr. Helmke y Ríos Figueroa, 2011). El poder judicial es una "barrera efectiva contra los intentos expansivos del órgano representativo" mediante su facultad de anular las leyes inconstitucionales (Hamilton et. al. 2001, 497). Asimismo, es un dique contra los potenciales abusos del poder ejecutivo a través de la suspensión y rectificación de los efectos de acciones realizadas por fuera la legalidad y los parámetros constitucionales preestablecidos. Al cumplir su función constitucional, un poder judicial independiente y capaz habilita al gobierno para actuar de acuerdo con lo establecido en la constitución y las leyes y permite que los ciudadanos ejerzan sus derechos y cumplan sus obligaciones.

El poder judicial, sin embargo, es el más débil de los tres poderes del estado. A diferencia del poder ejecutivo y legislativo, el judicial "no controla ni la espada, ni la bolsa" (Hamilton et. al. 2001, 496). En efecto, el poder ejecutivo tiene la capacidad de comandar los recursos estatales del uso legítimo de la fuerza y también se encarga de la implementación de las leyes y las políticas públicas. El poder legislativo, por otro lado, cuenta con la capacidad de hacer las leyes y, entre ellas, las leyes presupuestales que determinan tanto la forma en que el estado obtiene recursos como la forma en que los gasta. Los poderes ejecutivo y legislativo son, además, directamente electos por los ciudadanos. En otras palabras, a pesar de que el poder judicial juega un papel clave en la solución de conflictos y en la estabilidad de un régimen democrático, en el sistema de frenos y contrapesos su igualdad formal con los otros dos poderes se encuentra sujeta a que éstos acaten e implementen las decisiones de los jueces y mantengan la independencia económica y política del poder judicial.

El poder judicial es más eficaz cuando enfrenta un contexto de gobierno dividido y es más fuerte sus decisiones y/o su comportamiento entre construyan legitimidad entre ciudadanía y apoyo de la opinión pública. La primera condición está relacionada con la dificultad de que los otros dos poderes puedan debilitarlo para prevenir o reaccionar ante decisiones que les afecte. En efecto, la fragmentación política, o el gobierno dividido, implica dificultades para la coordinación entre los poderes ejecutivo y legislativo con el objetivo de hacer leyes y políticas públicas que puedan debilitar al poder judicial. La fuente de fortaleza institucional, la legitimidad entre la ciudadanía, la obtiene el poder judicial cuando una mayoría tiene una "reserva de actitudes favorables" hacia la institución que permite a la gente "aceptar o tolerar decisiones a las que se oponen, o cuyos efectos dañan sus intereses" (Easton 1975, 44). Es también posible que la fortaleza del poder judicial sea reforzada por una parte de la opinión pública o de la "opinión publicada", es decir, los líderes de opinión y los grandes empresarios de los medios de comunicación masiva como se ha afirmado que ocurrió en Italia (Burnett y Mantovani 1998, 261-263; citado en Maravall y Przeworski 2003). Claramente, la legitimidad del poder judicial, y el apoyo que pueda obtener de la opinión pública, dependen en una buena parte del propio poder judicial, de su independencia y la calidad que se reflejen en decisiones neutrales y sólidamente argumentadas para resolver conflictos específicos.

El poder judicial en la encrucijada

El poder judicial en América Latina está en una encrucijada. En varios países los pilares políticos sobre los que descansa su eficacia, legitimidad entre la ciudadanía y buen nivel de competencia política, se está poniendo en juego la condición necesaria de funcionamiento del poder judicial en democracia: su independencia. Al cumplir su función constitucional, un poder judicial independiente y capaz habilita al gobierno para actuar de acuerdo con los principios, valores, y reglas establecidas en la constitución y las leyes y permite el ejercicio pleno de la ciudadanía. Limitar la independencia judicial es una línea roja; como el proverbial Rubicón, una vez que se cruza, la democracia entra en un proceso de erosión progresiva. Ha sido el caso en países donde líderes populares, que legítimamente ganaron amplias mayorías legislativas, ceden a la tentación de intervenir el poder judicial, como en Hungría o Polonia en el seno mismo de la Unión Europea. También en países de nuestra región, como Perú, Costa Rica y México existen tensiones políticas donde se está poniendo la independencia judicial en entredicho.

En Polonia, poco después de que el partido político PiS (Ley y Justicia) arribara al poder en el año 2016, el gobierno realizó una serie de acciones para tratar de tener el control político del Tribunal Constitucional. El PiS también fue tras la Corte Suprema cuando intentó disminuir la edad de retiro de sus jueces para garantizar una integración a modo y, aunque desistió ante una resolución de la Corte Europea de Justicia, creó dentro de dicha corte una Cámara Disciplinaria que podría sancionar a todos los jueces que comprometieran los intereses del gobierno. El PiS también cambió la integración del Consejo Nacional de la Judicatura, órgano encargado del nombramiento de jueces, sustituyendo a sus miembros por otros leales al partido. Cuando los jueces polacos elevaron a la Corte Europea de Justicia una serie de casos para que dicho tribunal analizara la situación de la independencia judicial en el país, el poder legislativo aprobó una ley que permite castigar a los jueces que apliquen o invoquen sentencias de la Corte Europea de Justicia así como a aquellos que públicamente critiquen el ataque del gobierno a la independencia judicial (Pech e Kelemen, 2020). Ante este escenario, la Suprema Corte cuyos jueces aún resisten la embestida del gobierno, dictaron una sentencia declarando inválidas las determinaciones de la Cámara de Disciplina, e incluso jueces de diferentes países europeos protestaron en Varsovia en solidaridad con sus homólogos polacos. Sin embargo, el gobierno

sostuvo abiertamente que desconocería las resoluciones de la Corte Suprema (Pech e Kelemen, 2020). La tensión en Polonia continúa, con el poder judicial en las primeras líneas del choque.

En Perú, en julio de 2018, comenzaron a ser difundidos mediante los medios de comunicación una serie de audios en los que se escuchaba cómo altos funcionarios del poder judicial, que incluían a su presidente, al ministro de justicia, jueces de tribunales superiores y miembros del entonces Consejo Nacional de la Magistratura, negociaban sentencias a cambio de sobornos o la designación o destitución de jueces y magistrados (Fowks, 2018 a/b/c). Este, que puede ser considerado el más grande escándalo de corrupción judicial en el Perú, develó redes de corrupción que implicaban a dirigentes y simpatizantes del partido fujimorista, oposición con mayoría en el Congreso para ese entonces aunque fuera de la presidencia del país. Los audios procedían de escuchas legales ordenadas por un juez dentro de un proceso que, investigando otros delitos, dio con varias redes de corrupción en los órganos de impartición y procuración de justicia (Fowks, 2018c). Ante esta situación el presidente peruano Martín Vizcarra impulsó una serie de reformas, incluida una judicial para disolver el Consejo Nacional de la Magistratura y crear en su lugar una Junta Nacional de Justicia. Sin embargo, el Congreso no dio trámite oportunamente a estas iniciativas y el presidente terminó por disolverlo en 2019 haciendo uso de una facultad constitucional, no sin que antes la mayoría fujimorista hubiera intentado asegurarse nombramientos de jueces afines en el Tribunal Constitucional (Redacción, 2019). La tensión entre poder judicial y político continúa en el Perú.

Incluso en países con una democracia estable y con índices envidiables en términos de fortaleza del estado de derecho y control de la corrupción como Costa Rica, se han visto recientemente escándalos y batallas que enfrentan al poder político y la justicia poniendo en entredicho la independencia judicial y la legitimidad del poder judicial. Entre 2017 y 2018 se develó que dos de los magistrados de la Corte Suprema y tres miembros de la Sala Penal se vieron involucrados en una trama de influencias y corrupción relacionada con la importación de cemento al país. Los magistrados fueron depuestos, pero esta situación detonó una reflexión pública sobre los privilegios de los magistrados de la Corte Suprema, la falta de regulación que existe sobre las acciones de la cúpula del poder judicial, e incluso sobre la necesidad de una reforma judicial (Murillo, 2018). El poder judicial también enfrenta una situación peculiar en los dos países más grandes de nuestra región, Brasil y México. Dejo el caso brasileño a los expertos

que escriben varios de los capítulos de este libro, e incluyo aquí unas breves notas sobre México (véase también el capítulo de Azul Aguiar en este volumen).

En México el Poder Judicial de la Federación (PJF) está ante una difícil encrucijada, caracterizada por su déficit de legitimidad y un contexto político poco favorable. Por un lado, las elecciones de julio de 2018 resultaron en un gobierno unificado, donde Morena y sus aliados tienen mayorías en ambas cámaras legislativas, además, por supuesto, de la Presidencia de la República. Esto no ocurría en México desde 1997, cuando el PRI perdió la mayoría en la Cámara de Diputados pese a ocupar el gobierno. Por otro lado, el PJF padece una crisis de legitimidad; es obvia si se considera, por ejemplo, que entre 1994 y 2018 no más del 40% de personas manifestaron tener "mucha" o "algo" de confianza en el poder judicial, según las encuestas que anualmente publica el Latinobarómetro (el promedio durante el periodo es de 26%). Al no tener contrapeso en el legislativo y sin un apoyo popular contundente a las instituciones de justicia, es más probable que el gobierno (cualquier gobierno) caiga en la tentación de querer influir cada vez más en el poder judicial.[1]

Desde diciembre de 2018, ya hemos visto en México algunas acciones por parte del ejecutivo, y de la mayoría en el poder legislativo, que deben llamar la atención respecto a una posible intervención del poder judicial. Los dos nombramientos de ministros realizados en este sexenio significaron un retroceso en términos de transparencia y escrutinio de la idoneidad de los elegidos (Botero et al, 2019). Por otro lado, se han presentado en el congreso más de 100 iniciativas para reformar la Suprema Corte de Justicia o algún otro aspecto del Poder Judicial de la Federación, dentro las que destacan varias que atentan directamente contra la independencia judicial como la que propone crear una tercera sala en la Suprema Corte y aumentar el número de ministros. La renuncia forzada de un ex ministro (Eduardo Medina Mora) mediante la congelación de sus cuentas y las de sus familiares, y el vaciamiento de la cláusula constitucional que supone la exposición por parte del renunciante de las "causas graves" que motivan su decisión y su aprobación por el Presidente y el Senado de la República, es otra instancia de intervención (Soto, 2019).

En suma, y para finalizar este Prefacio, no es exagerado decir que el poder judicial se encuentra en una delicada encrucijada en varios países de nuestra región.

[1] Presento estos argumentos más desarrollados y con más datos en *El buenjuez por su casa empieza* (Mexicanos contra la Corrupción y la Impunidad, 2019).

Conocemos casos en los que el poder político busca intervenir, cooptar, y subordinar al poder judicial para debilitar los contrapesos institucionales que caracterizan a la democracia constitucional. En este contexto, la pertinencia de este volumen y exquisito sentido de la oportunidad es evidente: ¿Hacia dónde vamos en América Latina? ¿Qué papel juega el poder judicial, las instituciones del sistema de justicia, en la determinación del rumbo que tomen nuestras democracias? Los capítulos que componen este volumen nos ofrecen valiosos análisis sociojurídicos y empíricos sobre estas preguntas clave para nuestros países.

Referências

Botero, Catalina et al. "Informe Final del Panel Internacional de Expertos para la elección de Ministra/o de la Suprema Corte de Justicia de la Nación de México". Panel Internacional de Expertos para la elección de Ministro/a de la Suprema Corte de Justicia de la Nación de México, 20 febrero 2019. Disponible en: https://panelinternacionaldeexpertosmx.files.wordpress.com/2019/ 02/informe_ panel_scjn-_vf_feb202019.pdf. Acesso en: 07 oct. 2019.

Brinks, Daniel et al. *Understanding Institutional Weakness: power and design in Latin American institutions*. New York: Cambridge University Press, 2019.

Burnett, Santon y Mantovani, Luca. *The Italian guillotine*. Lanham: Rowman & Littlefield, 1998.

Easton, David. "A re-assesment of the concept of Popular Support. *British Journal of Political Science*, n. 5, p. 435-457, 1975.

Fowks, Jacqueline. "Dimite el ministro de Justicia peruano por un escándalo de sobornos a jueces". *El País*, 13 de julio de 2018a. Disponible en: https://bit.ly/3n3OEdl.

______. "Dimite el jefe del Poder Judicial en plena crisis del sistema en Perú". *El País*, 20 de julio de 2018b. Disponible en: https://bit.ly/3eIxkaY.

______. "El escándalo de corrupción de la justicia peruana alcanza al fiscal general recién elegido". *El País*, 21 de julio de 2018c. Disponible en: https://bit.ly/2Ubslpv.

Gretchen, Helmke y Figueroa, Ríos. "Introduction: courts in Latin America. En Gretchen, Helmke e Figueroa, Julio Rios (eds.). *Courts in Latin America*. New York: Cambridge University Press, 2011.

Hamilton, Alexander et al. *Los papeles del Federalista*. México: Fondo de Cultura Económica, 2001.

Maravall, José María y Przeworski, Adam (eds.). *Democracy and the Rule of Law*. New York: Cambridge University Press, 2006.

Murillo, Álvaro. "Un caso de corrupción desata una crisis judicial en Costa Rica". *El País*, 23 de julio de 2018. Disponible en: https://elpais.com/internacional/ 2018/07/22/america/ 1532280304 _936728.html.

Pech, Laurent y Kelemen, R. Daniel. "If you think the U.S. is having a constitutional crisis, you should see what is happening in Poland". *The Washington Post*, 25 de enero de 2020. Disponible en: https://wapo.st/3eF1wUh.

Redacción. "Disolución del Congreso en Perú: 4 claves para entender el enfrentamiento entre Vizcarra y el Parlamento 'y lo que puede pasar ahora'", 02 de octubre de 2019. Disponible en: https://www.bbc.com/mundo/noticias-america-latina-49887706.

Soto, Salvador García. "Por qué renunició el ministro Medina Mora?". *El Universal*, 03 octubre 2019. Disponible en: https://www.eluniversal.com.mx/opinion/salvador-garcia-soto-expres/por-que-renuncio-el-ministro-medina-mora. Acesso en: 02 noviembre 2019.

Introdução

Lígia Mori Madeira
Marjorie Marona

A judicialização da política – o endereçamento às cortes de questões que envolvem políticas públicas, conflitos políticos e valores morais e políticos fundamentais – pode ser apontada como um dos fenômenos mais significativos das democracias que atravessaram o século XX em direção ao século XXI. Armadas de mecanismos de *judicial review*, as cortes constitucionais têm sido frequentemente chamadas a pronunciarem-se sobre questões que vão desde o escopo da extensão do direito à vida, passando por políticas de saúde e educação, questões raciais e de identidade nacional até o financiamento de campanha e outras que são radicalmente políticas (Hirschl, 2008). Ademais, são frequentemente instadas a exercer suas funções de *accountability*, particularmente inseridas em uma complexa ambiência institucional de controle que mobiliza relações interinstitucionais mais ou menos consertadas com a burocracia estatal.

Esta obra visa a uma aproximação do fenômeno da judicialização da política – a designar certo protagonismo judicial em democracias contemporâneas – a partir de variadas perspectivas analíticas. Por um lado, assume-se que judiciários ativos e independentes, fruto da criação e da expansão do estado de bem-estar social e suas inúmeras agências regulatórias (Teubner, 1987; Habermas, 1988), são necessários para o monitoramento eficiente da expansão administrativa contínua do Estado (Shapiro e Stone-Sweet, 2002).

Por outro lado, sem deixar de reconhecer o impacto do discurso e da consciência dos direitos na construção de uma *judicialização desde abaixo* que ocorre na medida em que os movimentos sociais, grupos de interesse e ativistas políticos atribuem um caráter emancipatório ao direito e percebem os tribunais como espaços mais propícios para os avanços de suas pautas e agendas políticas,

problematiza-se a visão negativa da política e dos espaços de representação frequentemente associada ao fenômeno (Tate e Vallinder, 1995).

Não escapa das argutas análises que constituem este livro a ênfase sobre as condições institucionais mais adequadas ao protagonismo judicial, sem perder de vista, contudo, o protagonismo dos próprios atores que operam as instituições do sistema de justiça, geralmente em detrimento da legitimidade do sistema político, ilustrando a dificuldade contramajoritária (Tushnet, 1999; Waldron, 2006; Gargarella, 1996).

A preocupação com a inserção das Cortes Constitucionais em um quadro institucional mais amplo, que considere a realidade política e tome a independência judicial e a revisão constitucional como construções políticas, fundadas na racionalidade estratégica que caracteriza a atividade política cotidiana (Ginsburg, 2003; Hirschl, 2004), também perpassa todos os capítulos que constituem este livro.

Na América Latina e, particularmente, no Brasil, a *judicial politics agenda* é relativamente recente, e as pesquisas e análises que abarca concentram-se, sobretudo, nas Cortes Constitucionais. Este é mais um ponto em que esta obra avança. Como se sabe, esta é uma agenda que se constitui de pesquisas e análises do *legal complex* (instituições judiciais, seus agentes e, de forma mais abrangente, o campo jurídico). Distingue-se por fazê-lo da perspectiva das Ciências Sociais, particularmente da Ciência Política. Enfatiza os elementos extrajurídicos (políticos, sociais, econômicos etc.) que, ao mesmo tempo, influenciam e são influenciados pela atuação das instituições do sistema de justiça.

A *judicial review* é uma realidade em três quartos de democracias no mundo. Na América Latina, o mecanismo institucional que dá concretude ao princípio da supremacia da Constituição é adotado por todos os países. Sua operação recoloca, de forma incessante, a questão das relações entre os ideais do constitucionalismo e da democracia, particularmente para o caso regional, considerando que a maioria das Constituições Latino-Americanas, desde o princípio do século XIX, refletem um paradigma hostil à ideia de autogoverno que se desdobra, na atualidade, em um cenário de dissonância democrática: há expectativas e demandas da soberania popular cuja efetividade a institucionalidade não apenas dificulta, como também impede, tal qual argumenta Roberto Gargarella, no capítulo de abertura desta obra.

A permanência e a relevância de "regras incapacitadoras" (Holmes, 1993) no ordenamento constitucional, as quais revelam o caráter contramajoritário da

maioria das Constituições Latino-Americanas, expressam-se na adoção de um sistema político que reduz a representação política a uma forma de governo, na preferência de controles internos aos externos (democráticos), na opção por um sistema de freios e contrapesos cuja função primordial é a canalização institucional do conflito por meio da adjudicação de ferramentas defensivas (veto presidencial, *judicial review*, bicameralismo) a representantes de diferentes setores da sociedade. Por fim, uma noção de direitos vinculada à tradição jusnaturalista acaba por separá-la da política (da democracia).

No fundo, essas são questões de desenho institucional que aparecem nas discussões sobre acesso à justiça, movimentos de *legal mobilization* e judicialização de políticas públicas, que servem de inspiração para as análises que compõem a primeira parte da obra: "Constitucionalismo e Democracia: instituições judiciais, acesso a direitos e políticas públicas".

De fato, as discussões sobre acesso e padrão de acionamento dos tribunais abarcam análises acerca da amplitude de acesso às cortes e do uso do *judicial review* e outros instrumentos jurídicos de acionamento por atores políticos e sociais. Inclui, particularmente, debates acerca das oportunidades legais para litigância (*legal mobilization*). As análises variam entre as perspectivas institucionalistas e *right-centered*, conformando uma tradição teórico-analítica, que se estrutura tanto no campo de estudos da ação coletiva (que têm como questão principal os movimentos sociais) como no de estudos sociojurídicos (que focaliza principalmente as instituições e decisões judiciais).

Atualmente, sob o conceito de *legal mobilization*, as análises avançam em uma compreensão mais ampla da relação entre movimentos sociais, direito e Poder Judiciário, tomando-os não como fenômenos apartados e independentes, mas como elementos da sociedade e do sistema político que estão em constante troca e influência mútua.

A literatura que explora os processos por meio dos quais indivíduos ou atores coletivos invocam normas, discursos ou símbolos jurídicos para influenciar políticas públicas ou comportamentos (Vanhala, 2015) divide-se basicamente em duas linhas: aquela que investiga o papel do Direito e dos tribunais na "micropolítica das disputas individuais" e na vida cotidiana dos cidadãos e aquela que busca entendê-lo no contexto de grandes conflitos sociais entre grupos organizados, que almejam alterações mais profundas na sociedade.

A obra de Scheingold (1974), *The politics of rights: lawyers, public policy and political change*, inaugura a investigação macropolítica da mobilização do

Direito, contrapondo-se a uma perspectiva crítica ao uso do direito e do Poder Judiciário como forma de produzir mudanças sociais, que era dominante. Tradicionalmente, o litígio era visto como uma estratégia sempre conservadora, dominada por elites que dificilmente iriam engajar-se em ações que rompessem com o *status quo*, de modo que os movimentos sociais que optassem por essas táticas poderiam acabar desmobilizados, na medida em que suas bases sociais perderiam espaço de participação. Ademais, os resultados do litígio teriam sempre efeitos parciais sobre as questões sociais que abordam, constituindo, portanto, instrumentos inadequados para que as mudanças estruturais necessárias para a diminuição da desigualdade de fato ocorressem.

Scheingold (1974) é, portanto, especialmente relevante para o desenvolvimento da noção de *legal mobilization*, inaugurando a investigação macropolítica da mobilização do Direito pela ênfase no pensamento estratégico de possíveis agentes da mudança social, visando a entender a relação entre estratégias jurídicas e movimentos sociais. Nesse novo quadrante, nas décadas seguintes, organizou-se um intenso debate acadêmico acerca da eficácia de estratégias dos movimentos sociais baseados no Direito e no Poder Judiciário para promover mudanças sociais, opondo Gerald Rosenberg (*The hollow hope: can courts bring about social change?*) e Michael McCann (*Rights at work: pay equity reform and the politics of legal mobilization*).

De um lado, Rosenberg (2008), crítico feroz das estratégias de mobilização do Direito, adotou uma abordagem *top-down*, centrada nas cortes e nas relações formais entre instituições jurídicas e movimentos sociais, com uma perspectiva positivista do Direito, tomado como um conjunto de instituições e regras jurídicas. O Poder Judiciário sozinho não seria capaz, conforme argumentava, de promover mudanças na sociedade, dependendo da cooperação de outros atores institucionais para tanto, de modo que as estratégias que envolvem litígio mostram-se uma esperança vazia quando têm como objetivo promover reformas substantivas nas políticas públicas.

Por outro lado, McCann (1994) apresenta uma visão mais abrangente do Direito (um conjunto de sentidos que medeia as relações e práticas sociais e é constituído por meio delas), com o que altera o centro do debate acerca do valor instrumental de táticas jurídicas para dimensões mais contingentes e complexas. O autor inaugura um novo campo conceitual ao integrar os estudos sociojurídicos (centrados nas cortes) às teorias mais amplas sobre movimentos sociais (*process-based tradition*) para concluir que o Direito e as instituições judiciais

podem ser instrumentos nas lutas por emancipação que desafiam condições opressivas na sociedade, ao mesmo tempo que sustentam essas formas de opressão. Os estudos sobre a mobilização do Direito adotam uma abordagem *bottom-up*, deslocando o foco de investigação desde os tribunais e instituições judiciais para os agentes políticos e movimentos sociais.

A noção de *legal mobilization*, desenvolvida em grande parte por McCann, continua sendo, até hoje, o principal enquadramento teórico para entender-se a relação entre Direito, Poder Judiciário e movimentos sociais. No contexto dessa linha de estudos, surgiram outras ferramentas analíticas com o objetivo de buscar compreender o fenômeno, entre as quais figura a noção de oportunidade jurídica como uma das mais relevantes.

Trata-se de um desdobramento da ideia de oportunidade política e permite pensar os movimentos sociais no contexto macro de suas trajetórias de ação, buscando compreender o modo como fatores conjunturais e exógenos a tais grupos influenciam a forma como eles se organizam, definem suas reivindicações e estratégias e promovem (ou não) mudanças sociais.

Ainda que esses "sinais contínuos percebidos pelos agentes sociais ou políticos e que os encorajam ou desencorajam a utilizar os recursos com os quais contam para criar movimentos sociais" não digam respeito apenas às instituições do Estado, elas são elementos fundamentais. As oportunidades políticas são, portanto, delineadas tanto por fatores estruturais como contingentes, formais ou informais, e são aproveitadas pelos movimentos sociais de acordo com os recursos disponíveis e seus objetivos. Quando elas mudam, espera-se que as estratégias dos movimentos sociais também mudem.

O conceito derivado de oportunidade jurídica leva em conta as especificidades do Poder Judiciário e correlatas instituições judiciais: quando uma estratégia é endereçada às cortes, ainda que com o mesmo objetivo de táticas direcionadas a outras instituições, regras específicas de acesso e desenvolvimento do processo judicial devem ser seguidas, a linguagem deve ser enquadrada à do Direito e deve-se lidar com os atores específicos desse campo, tais como juízes, promotores, defensores e advogados.

A noção de oportunidade jurídica (Hilson, 2002; Andersen, 2005; Vanhala, 2006; De Fazio, 2012) denota "o ambiente político-jurídico que fornece incentivos e constrangimentos para indivíduos e organizações da sociedade civil realizarem o litígio, afetando suas expectativas de sucesso ou fracasso". Elas, portanto, "referem-se às características do sistema jurídico que facilitam ou impedem

a possibilidade de que os movimentos sociais tenham suas queixas atendidas pelo Poder Judiciário", assim como moldam as perspectivas desses grupos de avançar com alguns de seus objetivos por meio da mobilização do Direito. Segue-se, nesses termos, a mesma lógica que rege a noção de oportunidade política: quando se modifica o contexto político-institucional, alteram-se as oportunidades jurídicas.

A noção de oportunidade jurídica envolve: (i) a acessibilidade dos movimentos sociais aos tribunais e correlatas instituições judiciais (regras sobre quais atores possuem legitimidade processual para propor ações judiciais e os custos/acessibilidade ao processo judicial); (ii) a disponibilidade de direitos judicializáveis (previsão de direitos e de um conjunto de mecanismos que os tornem substancialmente executáveis); e (iii) a receptividade do Poder Judiciário às reivindicações a ele apresentadas (percebida em um *continuum* liberal-conservador).

É a partir daí que é possível verificar como diferentes configurações das oportunidades jurídicas podem influenciar as estratégias em diferentes períodos de tempo, países ou movimentos sociais. E cada um dos capítulos que conformam a primeira parte dessa obra trabalha sob uma dessas dimensões.

Com a transição para a democracia, a América Latina embarcou em uma onda de reformas judiciais direcionadas ao fortalecimento do *rule of law* e à efetivação de direitos, as quais impulsionaram uma mudança de direção da justiça criminal: de um modelo inquisitório para o acusatório. Isso pode ser mais bem percebido quando se consideram as reformas de estruturação das defensorias públicas, sob o pressuposto de que a adequada representação legal é crucial para o pleno acesso aos direitos e à justiça.

Nesse sentido, as reformas administrativas voltadas ao aprimoramento do funcionamento das instituições judiciais e à profissionalização dos seus quadros alteraram a performance dos tribunais, do Ministério Público, das polícias e, também – e especialmente –, da defensoria pública. No México, algo em torno de 80% dos indivíduos que enfrentam acusações criminais é assistido por defensores públicos (Velázquez Quoted apud Cruz Razo, 2012, p. 21; Goodman, 2013; Pfaff, 2016).

A adequada representação legal conforma-se pela garantia de inúmeros direitos que devem ser protegidos ao longo de todo o processo penal – presunção de inocência, ampla defesa e contraditório etc. Ademais, a literatura aponta para o fato de que a efetividade da devida representação varia de acordo com o desenho institucional (Madeira, 2014), a dinâmica de atuação do defensor (Galanter, 1974; Kritzer e Silbey, 2004), o orçamento destinado à defensoria pública, os

serviços forenses, as questões de administração interna, o treinamento regular dos defensores e a posição institucional da defensoria pública em relação a outras instituições do sistema de justiça – particularmente, tribunais e ministério público.

Analisando o caso mexicano, Azul Aguiar (cap. 2) oferece uma explicação institucional para a provisão da adequada representação legal, considerando duas variáveis – o aprendizado e a mobilização das regras do modelo acusatório de justiça criminal e a profissionalização da carreira de defensor público –, sob o pano de fundo das recentes reformas judiciais introduzidas no país, desde uma perspectiva analítica que combina os níveis normativo e empírico.

Inobstante considere que a efetiva proteção dos direitos de cidadania resultem da atuação de diversas instituições – tribunais nacionais e cortes internacionais, comissões de direitos humanos, políticas e ministério público etc. –, aponta a relevância da defensoria pública, particularmente, pelo papel que desempenha diante daquela parcela da população mais vulnerável: o envolvimento com o processo criminal e os encarceramentos abatem-se, sobremaneira, pela vida de indivíduos pobres, não raro negros e negras ou indígenas. Com sólida base empírica, a autora toma como ponto de partida o viés econômico, social e racial das instituições do sistema de justiça e coloca a defensoria pública no centro do debate sobre acesso à justiça.

Os achados apontam para a relação positiva entre a efetividade da devida representação legal e a implementação de regras de organização da carreira (profissionalização) dos defensores, aquelas concernentes ao modelo acusatório de justiça criminal. O caso de Nuevo León ilustra bem: à medida que aquelas regras são implementadas, os incentivos para que os defensores adotem-nas cresce, não apenas porque eles passam a conhecê-las melhor, mas também porque as tomam como suporte e constrangimento para sua atuação.

O movimento contrário foi verificado nos casos de BCS e Jalisco, onde as regras foram introduzidas (às vezes, apenas parcialmente), mas não implementadas: aí os defensores possuíam menos conhecimento, habilidade e iniciativa de mobilizar ferramentas que permitissem a ampliação da proteção dos direitos e oferecessem uma defesa mais efetiva.

Conforme argumenta Azul Aguiar, é preciso observar, em trabalhos futuros, o impacto do orçamento sobre a capacidade de os defensores públicos oferecerem efetiva representação legal, considerando que, assim como no México, em vários outros países da região "public defense finds itself starved of resources while facing impossible caseloads that mock the idea of justice

for the poor" (Pfaff, 2016). Importante, ainda, é avaliar o impacto das teorias ideacionais sobre a análise da atuação dos defensores públicos, pressupondo que as ideias podem, de fato, exercer um papel fundamental no modo como se realiza a proteção dos direitos e realiza-se a representação legal.

No mesmo sentido, Fanti (cap. 3) enfatiza o fato de que:

> em contextos como o latino-americano, em que houve mudanças institucionais recentes, entre as quais, processos de reforma judicial e o fortalecimento das cortes, é de se esperar que as organizações dos movimentos sociais mais profissionalizadas desenvolvam estratégias jurídicas, ou que os movimentos comecem a criar estruturas próprias visando à mobilização do direito', considerando que 'grupos que elegem o litígio como estratégia de ação costumam desenvolver a especialização e profissionalização necessárias para atuar no Poder Judiciário. (Ruibal, 2015).

Ao traçar a relação entre a estrutura organizativa do movimento feminista na cidade de São Paulo e suas estratégias jurídicas, a autora apresenta um panorama das características organizacionais gerais dos grupos que formam o movimento, particularmente, a presença de estruturas jurídicas e advogados especializados no seu interior, para então apontar as formas de mobilização do direito dessas organizações.

As organizações que copõem o movimento feminista em São Paulo são heterogêneas em sua forma organizacional e sua estrutura interna: há organizações profissionalizadas, com estrutura material (possuem sede própria ou alugada), de pessoal (possuem equipe, em geral, contratada, com setor administrativo e, em alguns casos, setor de comunicação) e financeira (possuem formas de financiamento advindas de fontes internacionais ou nacionais para suas atividades); e outras com pouco ou nenhum recurso material e financeiro, as quais dependem, dada a escassez de recursos, do trabalho voluntário e da dedicação parcial de suas integrantes.

A heterogeneidade persiste mesmo quando consideradas as organizações que integram articulações de âmbito nacional ou internacional. Entre os coletivos, "A Marcha das Vadias" é o único que ostenta as características, em geral, encontradas nesse tipo de organização: não possuem sede, suas atividades são financiadas com poucos recursos coletados em atividades realizadas com essa finalidade e não possui hierarquia interna entre suas integrantes.

Quando se considera a presença ou ausência de advogados/as nas organizações e seus *status*, se contratados ou voluntários, se integrantes das organizações ou de grupos próximos a elas, a variação também é notável. Se a maioria das organizações possui advogados/as em seus quadros ou em seu círculo mais próximo de relações, o nível de estruturação e profissionalização é mínimo. Em geral, as advogadas integrantes da organização ou pertencentes aos seus contatos próximos são acionadas pontualmente, quando uma situação concreta exige sua presença.

Interessante observar também que as organizações estabelecem relações importantes com membros da Defensoria Pública (DP) e do Ministério Público (MP), seja por meio do encaminhamento de denúncias, reclamações ou direcionamento de demanda, seja por meio de convites à participação daqueles atores em seminários e pesquisas e, até mesmo, de articulações e campanhas promovidas por uma ou por um conjunto de organizações do movimento feminista.

Essa é uma questão relevante quando se consideram as possibilidades de mobilização do Direito por parte das organizações, porque a presença de advogados ou juristas agrega recursos importantes aos movimentos sociais, incluindo habilidades profissionais, conhecimentos sobre o Direito e o Poder Judiciário e legitimidade, os quais são vitais para lidar com as complexidades do sistema jurídico (Boutcher e Stobaugh, 2013).

Diversas são, também, as formas de mobilização do Direito: registram-se experiências de litígio individual e orientação jurídica, que desde os anos 1980 são atividades tradicionais de atendimento à mulher feitas pelo movimento feminista, mas que estão diminuindo ao longo do tempo. Provavelmente, esse declínio explique-se pela criação da Defensoria Pública de São Paulo, que tem como função propor ações judiciais em nome de pessoas que não podem pagar por um advogado, além, também, da construção da rede de atendimento à Lei Maria da Penha, que se ocupa em realizar atendimentos jurídicos a mulheres vítimas de violência doméstica – parcela significativa da demanda dos centros jurídicos associados ao movimento.

O litígio coletivo é uma estratégia também mobilizada pelo movimento feminista de São Paulo, principalmente quando o objeto é a veiculação de propaganda ou publicidade abusiva, de cunho machista ou homofóbico. Nesse caso, é comum uma articulação com o Ministério Público para o ingresso de ações civis públicas ou com outros aliados, no caso de ações judiciais mais complexas. Ademais, o litígio internacional, acompanhado da atuação em órgãos internacio-

nais, marca a atuação de algumas das organizações que constituem o movimento feminista em São Paulo.

Por fim, as organizações valem-se do *amicus curiae* e da possibilidade de participação em *audiências públicas* promovidas pelo STF no âmbito da jurisdição constitucional. Nesses casos, as organizações costumam atuar de forma articulada para somar recursos. O *lobby* e a busca de influência junto ao Poder Judiciário por meio da produção de argumentos também são estratégias de mobilização do direito das organizações.

De um modo geral, o que se observa para o caso do movimento feminista é a diversidade de formas que a mobilização do Direito assumiu, as quais transbordam o litígio e, muitas vezes, estão combinadas estratégias propriamente políticas de atuação, tais como os protestos de rua. No que diz respeito aos custos da mobilização do Direito, pôde-se observar que certas dificuldades das organizações com menos recursos (sejam eles financeiros, sejam da presença de *staff* jurídico) foram contornadas pela articulação com outras organizações com *expertise* na área jurídica, com o trabalho voluntário de advogado/as ou por meio do acionamento do Ministério Público ou da Defensoria Pública.

Por fim, no que toca à relação entre a estrutura interna da organização, a presença de recursos e a mobilização do direito, principalmente (mas não só) no que diz respeito ao litígio, estão em convergência com o que foi apontado por Ruibal (2015) a esse respeito: os recursos podem apresentar-se como estruturas formais dentro das organizações do movimento social ou serem acessíveis a tais grupos por meio da colaboração com outras organizações ou advogado/as aliados. Ademais, a construção de alianças com atores externos ou com advogados de fora das organizações ou do movimento social pode permitir que estratégias jurídicas sejam desenvolvidas com êxito, mesmo na ausência de estrutura própria para a mobilização do Direito.

Então, para que a mobilização do Direito ocorra, mostraram-se mais relevantes os recursos "relacionais" das organizações feministas – sua rede de contatos com outras organizações (com *expertise* jurídica), advogado/as voluntários e aliados no Ministério Público ou Defensoria Pública – do que de fato a presença de recursos materiais e financeiros robustos.

As relações entre as defensorias públicas e o Ministério Público, de um lado, e as organizações civis e movimentos sociais, de outro, nem sempre são cooperativas e frutíferas. Arantes (2002) já apontou o modo como o particular desenho do Ministério Público, legado do processo de redemocratização no Brasil, induziu

um ativismo dos promotores e procuradores, particularmente na defesa de direitos sociais, assente em percepções da virtual hipossuficiência da sociedade, o que colocou o órgão em condições de disputar a representação da sociedade sem que a própria sociedade pudesse exercer qualquer tipo de controle sobre o conteúdo da representação, dada a disparidade entre a enorme autonomia e discricionariedade concedidas e a ausência de mecanismos de controle (Kerche, 2007).

Recolocam-se também nesses termos os debates acerca da tensão entre Direito e Política expressa nas relações que as instituições do sistema de justiça estabelecem, no exercício de suas funções, com as tradicionais instâncias do sistema político (Legislativo e Executivo). Os estudos sobre a judicialização das políticas públicas, compreendida como "a crescente utilização do sistema de justiça nos casos em que a atuação dos poderes Legislativo e/ou Executivo é percebida por atores políticos e sociais como falha, omissa ou insatisfatória" (Oliveira e Couto, 2019), são um campo fértil para análises dessas nuances.

Vanessa Oliveira (capítulo 4) explora a questão, considerando que a ineficiência (ou fraqueza, nos termos de Brinks et al, 2019) institucional é central para pensar a relação entre o sistema de justiça, a criminalidade e a violência no Brasil, porque revela as tensões entre as promessas de igualdade política e as realidades de desigualdades econômicas e sociais que são uma constante fonte de instabilidade para os regimes latino-americanas.

O fato é que os *gaps* entre regras escritas e as trajetórias políticas em prática minariam os esforços em usar a lei e as políticas públicas para combater desigualdades multifacetadas, uma vez que instituições não seriam uniformemente positivas e leis criariam desigualdades tão frequentemente quanto as combateriam.

Atenta também aos impactos do desenho institucional sobre o acesso à justiça, a direitos e ao desenvolvimento de políticas públicas, Vanessa de Oliveira inicia apontando para os efeitos da pouca atenção dirigida pelo constituinte à questão dos custos públicos dos direitos sociais, os quais estão sempre presentes na implementação dos direitos constitucionalizados. A autora alerta para a alteração substancial da relação entre Estado, sociedade civil e mercado no Brasil, no que diz respeito à responsabilidade pela provisão dos serviços públicos para o bem-estar social a partir da Constituição de 1988.

Não apenas Executivo e Legislativo passaram a atuar na definição e na implementação de políticas públicas, como também o Judiciário reposiciona-se como um ator relevante. A análise dos processos de judicialização dos direitos à saúde e à educação no Brasil permite ampliar a compreensão

acerca das semelhanças e das diferenças em termos dos efeitos que esses processos produzem tanto para a produção de políticas públicas em si como para as instituições envolvidas, particularmente, o Executivo estadual ou municipal, os órgãos do sistema de justiça (Judiciário, Ministério Público e Defensoria), os movimentos sociais e o Legislativo.

No Brasil, a estratégia de busca do direito à saúde pela via judicial mostrou-se efetiva por meio de diferentes caminhos: o Ministério Público e a Defensoria Pública vêm sendo acionados de forma mais ou menos articulada com advogados privados ligados ou não a organizações civis e movimentos sociais. O fato é que, se a estratégia coletiva foi, pouco a pouco, perdendo espaço para a individual, dadas as maiores chances de vitória judicial dos pedidos individuais em saúde, também é verdade que a judicialização na área de saúde gera não apenas resultados imediatos individuais, como também efeitos coletivos contingentes.

O elevado número de ações judiciais solicitando, por exemplo, determinado medicamento pode fazer com que o poder público incorpore aquela medicação frequentemente demandada à lista de medicamentos distribuídos gratuita e corriqueiramente pelo Sistema Único de Saúde (SUS), conforme já apontaram Oliveira e Noronha (2011) e Chabbouh (2019).

Há, contudo, enormes variações inter e intrarregionais no que diz respeito aos padrões de judicialização, conforme demonstrado pela pesquisa realizada pelo CNJ (2019), consequência de um sistema descentralizado de gestão da saúde pública. As variações também são significativas quando considerados objetos das demandas em saúde apresentadas ao Judiciário: desde reclames por acesso a medicamentos, leitos hospitalares, exames e consultas especializados, órteses e próteses, até pleitos endereçados aos planos privados de saúde, em especial, no tocante à cobertura e à carência para tratamentos complexos e de alto custo (Scheffer, 2013).

Assim como na saúde, Oliveira aponta que a judicialização na área da educação expressa as:

> consequências sociais da inação do Poder Executivo, que impõe aos pobres que se utilizam dos serviços públicos de educação condições ainda mais desiguais do que aquelas disponíveis aos usuários das escolas privadas, sendo penalizados duplamente: além de não possuírem a garantia de acesso a vagas nas proximidades de suas residências, podem perder o ano letivo em função da falta de vagas, próximas ou distantes de suas casas (Oliveira, p. 145 e 146).

Também aqui se estabelece uma tensão entre o direito individual e os limites do poder público de implementar a política pública. No mesmo sentido, a judicialização tem levado os gestores locais a optarem pela irregularidade menos "danosa" – para a população e/ou para o erário público, como acontece nos casos em que a justiça exige a importação de medicamentos sem licença de comercialização da Agência Nacional de Vigilância Sanitária (ANVISA), órgão responsável pela permissão.

Na área da educação, as demandas judicializadas variam consideravelmente (Cury e Ferreira, 2009): envolvem questões relativas a merenda e transporte escolar, falta de professores, acessibilidade, além, é claro, de vagas em creches e pré-escolas. E, também no caso da educação, a "gestão da judicialização" tem movimentado as Secretarias Municipais, que precisam não apenas atender às demandas judiciais, como também administrar os pedidos, contratando novos funcionários para a administração dos processos judiciais, para o acompanhamento dos novos convênios estabelecidos e para a atuação direta nas escolas públicas em razão da ampliação das demandas.

Em linha com as conclusões de Fanti (capítulo 3), o processo de judicialização das políticas públicas é percebido por Oliveira (capítulo 4) como a consequência da interação entre certa "ambiência institucional" e as estratégias de organizações civis e movimentos sociais e, mesmo, cidadãos, individualmente, que pode ser descrita como uma dinâmica de "aprendizado social".

A autora chama a atenção, contudo, para o fato de que os efeitos desse processo de judicialização de políticas públicas para as instituições são variados, podendo ser diretos (relativos às determinações expressamente contidas na decisão judicial) ou indiretos (não previstos nem esperados pela decisão judicial).

A variação está associada à política pública em jogo, ao objeto concreto da demanda e aos atores e instituições envolvidos. Os achados apontam para a centralidade da gestão das políticas públicas e das instituições nelas envolvidas: o modo como o fenômeno altera o contexto de produção e de implementação e, portanto, os próprios resultados das políticas.

Por um lado, a crescente percepção social a respeito do Judiciário como um canal efetivo de busca de direitos não afasta o reconhecimento de excessos, especialmente quando impõe ao Executivo sentenças desconectadas das políticas públicas governamentais, com custos exorbitantes, que desconsideram a organização federativa ou que exacerbam as desigualdades no acesso a direitos sociais. Por outro lado, observa-se que a judicialização das políticas sociais gera

movimentos dentro do próprio Executivo para a concretização de direitos que, fora a interação induzida pelo fenômeno da judicialização, talvez não fossem priorizados pelas administrações públicas.

Citando Ferejohn (2002, p. 55), para quem a inércia dos ramos políticos induz "as pessoas que buscam resolução para seus conflitos [...] a migrar para instituições nas quais possam obter soluções", sendo que os "tribunais (e os processos legais associados) representam com frequência tais caminhos", a autora conclui, alinhada à tradição analítica funcionalista, que percebe o fenômeno da judicialização da política como fruto da criação e da expansão do estado de bem-estar social (Teubner, 1987; Habermas, 1988) e advoga por sua necessidade para o monitoramento eficiente da expansão administrativa contínua do Estado (Shapiro e Stone-Sweet, 2002).

Assim, é Oliveira que preconiza que "a judicialização das políticas públicas veio para ficar" e que:

> sociedades democráticas precisarão lidar com ela e com seus efeitos diretos e indiretos, encontrando soluções para minorar as injustiças decorrentes, aprimorando as instituições para geri-la, adequando a política e as políticas públicas para a atuação crescente das instituições do sistema de justiça no processo de políticas públicas (Oliveira, p.162).

Por outro lado, analisando a atuação do judiciário na (re)definição de uma política de retificação de registro civil para travestis, mulheres transexuais e homens trans, Geliski (capítulo 5) lança mão da literatura sobre cortes e mudança social, assumindo uma perspectiva *top-down* centrada, portanto, no papel das decisões judiciais para a mudança social, associada aos estudos sobre comportamento judicial – servindo-se da perspectiva analítica relacional, que considera o impacto da consideração das audiências (*audience*) na conformação da decisão judicial (Baum, 2008).

Sem ignorar as estratégias de mobilização do direito que envolvem macro demandas junto ao Supremo Tribunal Federal – a qual será objeto de análise de Daniel Bogéa (capítulo 6) –, Geliski (capítulo 5) assenta sua reflexão sobre as experiências que envolvem demandas individualizadas, normalmente dirigidas aos Tribunais de Justiça dos estados, tomando, portanto, os tribunais intermediários – e as suas instâncias locais – como *locus* do sistema de justiça com o qual a maior parte da população tem contato, aproximando-se das discussões acerca

do processo de mudança incremental das *policies* por meio da atuação judicial nas instâncias iniciais, particularmente concentrado nas relações *inter*membros dos colegiados dos tribunais.

De um modo geral, as demandas que chegam ao TJRS – particularmente, pela atuação de escritórios privados de advocacia, do serviço de assistência judiciária da Universidade Federal do Rio Grande do Sul e da Defensoria Pública – encontram acolhida, no que diz respeito à retificação do registro civil, no que tange ao gênero, sem a necessidade de intervenção cirúrgica. Há, contudo, variação no comportamento dos magistrados que integram as duas câmaras do TJRS competentes para julgar os pleitos pela retificação civil – na sétima câmara, a concessão da retificação dissociada da cirurgia aparece com maior resistência (concessão por maioria) do que na oitiva (concessão por unanimidade).

Em ambas as câmaras, o argumento central utilizado para debater o reconhecimento da identidade é o bioético, isto é, os julgadores não discutem se transexualidade é ou não patologia, atendo-se ao questionamento acerca dos limites do Estado em relação ao indivíduo, atrelados à exigência de realização de procedimento de adequação do corpo biológico à identidade de gênero como condicionante para o seu reconhecimento.

Vale a pena apontar o mérito do trabalho de Geliski, também no que diz respeito à ampliação do escopo da agenda do *judicial politics*, pelo deslocamento do objeto que promove – desde as tradicionais supremas cortes para os tribunais intermediários. De fato, até aqui, a atenção recaiu especialmente sobre o ápice hierárquico do Poder Judiciário – o Supremo Tribunal Federal, no caso do Brasil.

Evidentemente que muito resta por ser estudado a respeito do Supremo Tribunal Federal, particularmente em razão do conjunto significativo e persistente de lacunas teóricas e da ênfase demasiadamente descritiva de vários trabalhos publicados a seu respeito no país. Eis o ponto alto dos dois capítulos dedicados à compreensão da atuação dos ministros da corte constitucional brasileira (considerando a relação que estabelecem entre si e com atores externos), de autoria de Daniel Bógea (capítulo 6) e Fabiana Luci de Oliveira (capítulo 7).

Os trabalhos permitem avançar justamente no campo das discussões cujas conclusões são menos nítidas quando se toma o conjunto de estudos sobre o STF no Brasil: construção institucional (mudança/reforma institucional) e comportamento decisório no STF. Por um lado, sabe-se mais sobre qual o conjunto de mudanças institucionais que afetaram o STF pós-1988 (reforço da hibridez, ampliação do acesso e gradativa centralização decisória), qual o perfil médio dos

ministros (elitizado, crescentemente profissionalizado e diversificado) e quais são os padrões decisórios agregados do tribunal (marcados pela moderação e pela autocontenção, com escassez de opiniões divergentes e pela expressiva presença de "não decisões"), conforme aponta Da Ros (2017).

Por outro, nos estudos, as causas dessas mudanças foram relativamente escassas. Daniel Bógea (capítulo 6) avança na investigação do modo como a interação entre partidos políticos e o STF, no caso das ações de controle abstrato de constitucionalidade, pode ser enquadrada como uma relação simbiótica, tentando delimitar os traços *mutualistas* ou *parasitários* que marcaram a trajetória evolutiva dessa interação. Tomando a relação em si como resultado contingente de um encadeamento de decisões estratégicas desses atores em um contexto mais amplo de disputas, lança mão de uma abordagem teórica que bebe na fonte da ecologia evolutiva para desenvolver o conceito de simbiose institucional, como o que promove a aproximação entre as tradições de estudos legislativos e judiciais.

O foco do autor recai sobre os processos decisórios intrapartidários (com vistas ao acionamento judicial), buscando desvelar as motivações por trás das estratégias de mobilização do Direito. Conclui que os diferentes atores – eleitos ou não – que habitam o ecossistema institucional complexo que conforma o estado democrático de Direito interagem entre si constantemente, repercutindo em associações de longo prazo, mediadas pelas instituições (formais e informais), das quais retiram algum dividendo.

Partidos e STF, em especial, formam uma relação *simbiótica* que é abastecida pelo contexto e pelas estratégias mais amplas desses atores. A legitimidade conferida pela Constituição de 1988 a partidos políticos para que apresentem ações constitucionais favoreceu um cenário de *mutualismo institucional*, o que foi percebido e apropriado estrategicamente pelos partidos como uma relevante ferramenta de *oposição* aos governos, seja para exercerem *vetos* sobre políticas governamentais, seja para dar *voz* a posições sufocadas na arena majoritária. Ademais, a ida à Corte serviu ao propósito de variados partidos também como ferramenta de governo (Taylor e Da Ros, 2008; Whittington, 2005; 2006).

À abordagem tradicional para buscar nas *motivações* de partidos que acionam o STF, Daniel Bógea (capítulo 6) inova com a tese da existência de ações que chama de "barriga de aluguel", as quais foram construídas/gestadas de fora da agremiação partidária e que foram por elas apropriadas com o objetivo de agregar o necessário privilégio da legitimidade ativa conferida pelo artigo 103 do texto constitucional.

Com isso, o autor permite-se rejeitar a hipótese de Hirschl (2004), que caracteriza a expansão de poder judicial como uma consequência intencional de esforços convergentes de elites políticas, econômicas e judiciárias para insular determinados temas, protegendo-os da deliberação majoritária[1]. Como consequência – pelo menos para o caso específico da relação partidos-STF –, argumenta pela existência de um processo de

> *construção institucional* escorada em um contínuo fluxo de ações de partidos que são motivadas por estratégias políticas mais amplas, que assumem conotações bastante diversas (variando desde táticas de oposição à coalizão governista até o aluguel circunstancial da legenda para servir a interesses de terceiros), e cuja consequência *não antecipada* e *não intencional* é um robustecimento, no longo prazo, da posição institucional do Tribunal (Bogéa, p. 219).

Por outro lado, ainda sobre os limites dos estudos sobre o STF, há pouca clareza sobre o comportamento decisório individual dos integrantes da corte. Às análises sobre os votos dos ministros pouco se integraram questões como a do controle da agenda e a do fluxo decisório. Fabiana Luci avança justamente ao olhar o STF a partir da incorporação da "abordagem relacional e da dimensão informal de negociações e relações interpessoais e políticas à análise do processo decisório judicial" (capítulo 7).

Ao classificar a agenda de pesquisa sobre o processo decisório do STF, Fabiana Luci de Oliveira (capítulo 7) demonstra o quanto a abordagem relacional pode contribuir para os seus quatro temas principais – formação da agenda, processo deliberativo, resultado e alcance das decisões e *compliance*:

> permitindo explorar mais explicitamente o efeito das redes formais e informais quando se trata de buscar influenciar as decisões judiciais, na expectativa de mantê-las de acordo com as preferências das elites políticas governantes, ou com os interesses de grupos econômicos ou de pressão específicos (Oliveira, p. 225).

Fabiana Luci apresenta a proposta teórica de Dressel et al. (2017), cujo argumento é de que:

---

[1] Whittington também ilustra esse processo a partir da visão de que "elected officials may lend their support to judicial review in hopes that the judges will outlive their coalitions and disrupt the legislative plans of their successors" (2006, p. 292).

> o comportamento judicial deve ser visto como uma função de como os juízes se relacionam entre si e com indivíduos e grupos no contexto sociocultural circundante, em redes de interesses políticos comuns, compartilhando identidades sociais, profissionais, ou mesmo obrigações clientelistas. O foco deixa de ser o juiz individual e passa para os fluxos relacionais (Oliveira, capítulo 7).

A potencialidade da aplicação da abordagem relacional à América Latina é dada em razão do peso das relações familiares, dos laços de fidelidade, compadrio, clientelismo e patronagem no estabelecimento das relações entre elites políticas e jurídicas, permitindo identificar os mecanismos de influência externa e informal a que a atividade judicial está sujeita. Os desafios metodológicos exigem a aplicação de técnicas variadas como entrevistas, biografias e prosopografias, mas é o modelo conceitual de análise de redes judiciais que permite conhecer as arenas, os tipos de laços e o nível de transparência das relações estabelecidas.

Ao aplicar a abordagem relacional ao estudo do STF, Fabiana Luci discute as formas de influência sobre a corte feitas *ex ante*, controlando quem tem assento no tribunal, e *ex post*, influenciando as decisões ou forçando a alteração da composição da corte, relembrando diferentes casos recentes de tensão entre esta ora com o Executivo, ora com o Legislativo.

O ponto alto deste trabalho é o mapeamento das redes profissionais e familiares de ministros e ex-ministros, que "revelam a concentração e a transmissão do capital jurídico acumulado pelos ministros aos seus filhos. O capital jurídico converte-se, portanto, em capital familiar", permitindo conhecer os mecanismos informais de influência a que estão sujeitos o STF e seus ministros e aperfeiçoando os modelos explicativos sobre o processo decisório judicial brasileiro, especialmente na conjuntura atual, em que há constantes tentativas de alteração do equilíbrio de forças no STF.

A primeira parte da obra finaliza com Andrés del Río e André Rodrigues discutindo os desafios para os direitos humanos nessa conjuntura atual de radicalização do conservadorismo, em que os sentidos da democracia estão sendo postos em xeque, seja por uma distorção da realidade que inverte seus conceitos com o de ditadura, seja por uma série de acontecimentos, dos quais cinco deles são analisados pelos autores no texto: a prisão do ex-presidente Lula; a morte da vereadora Marielle Franco; as chacinas em favelas cariocas e as intervenções federais e de militares no estado; e o caso dos 80 disparos efetuados por militares do Exército contra um músico na zona oeste do Rio de Janeiro.

Ao tratarem de cada um desses casos e suas idiossincrasias, explorando a relação entre a violência policial e as alterações legislativas penais em curso com o Pacote Anti-crime e abordando os dois componentes do poder bolsonarista, que engloba, segundo eles, o militar e o miliciano, os autores demonstram que, "apesar dos enormes esforços dos familiares, vítimas, organizações e movimentos de direitos humanos, a memória sobre o passado recente ainda está em plena disputa", e o contexto atual demonstra que "a memória sobre a ditadura ainda falta ser ressignificada, reconstruída, com valores democráticos e plurais" (del Río e Rodrigues, capítulo 8).

Constitucionalismo e Democracia: instituições judiciais, *accountability* e combate à corrupção

A segunda parte da obra volta-se à discussão do papel das instituições do *legal complex* no controle e por que não na criminalização dos atores políticos, incidindo sobre países cujas democracias, até então vistas como consolidadas, tornam a ser postas à prova.

Se a questão inaugural da *judicial politics* latino-americana centrou-se no papel do fortalecimento institucional de judiciários e demais instituições necessárias a garantir o *rule of law* no Continente e as dificuldades impostas pelos legados autoritários (Brinks, 2007), com a concessão do exercício do papel de *accountability* horizontal sendo cedida e desempenhada de maneira precípua por aqueles órgãos cuja competência constitucional restringia-se, em um primeiro momento, à garantia de direitos, ao controle de políticas públicas, e não propriamente à *accountability*, o papel de combate à corrupção desempenhado pelos órgãos da chamada *web accountability*, seja por sua experiência acumulada, por mobilização e ganhos legais e institucionais bastante significativos, seja pelo nível de colaboração desenvolvido entre os órgãos (Arantes, 2018), tornou-se um dos principais temas para a literatura de ciência política que estuda instituições judiciais.

O fenômeno também indica uma alteração nos padrões de ativismo judicial e de protagonismo das instituições do sistema de justiça, uma vez que novos atores foram inseridos na ampliação do campo criminal, com uma captura de sua atuação pela opinião pública, revelando uma nova judicialização da política, em que a lógica do controle foi da *accountability* à criminalização (Marona e Barbosa, 2018).

Os estudos sobre corrupção não são recentes. O tema em si já figurava na centralidade das pesquisas sobre teoria democrática, desenvolvimento político e institucional atrelados aos debates sobre esfera pública, sociedade civil e mercado (Warren, 2004). A importância desse fenômeno social/político está relacionada à sua capacidade de influenciar a governabilidade e a estabilidade dos sistemas políticos (Avritzer e Filgueiras, 2011a, p. 7).

Enquanto objeto de investigação, o tema da corrupção não permite à constituição uma única teoria política de análise, haja vista que o fenômeno precisa ser contextualizado. Pode-se falar, portanto, de diferentes perspectivas analíticas para o exame desse problema de acordo com fins normativos especificados em conceitos e categorias (Filgueiras, 2008, p. 299).

Essas diferentes abordagens foram agrupadas a partir de duas agendas teóricas: a primeira, compreendida pela teoria da modernização do início do século XX, cujo cerne da análise pautava-se na concepção de que valores e tradições afetam o desenvolvimento dos países e as suas práticas, estando a corrupção associada ao processo de evolução da sociedade e de suas instituições políticas, bem como à industrialização e ao nível de desenvolvimento dos países (Filgueiras, 2008); já a segunda marcava a superação dessas premissas, com a adoção dos preceitos do neoinstitucionalismo da escolha racional para o estudo da corrupção, com a teoria de *rent-seeking* indicando que o comportamento dos agentes políticos dentro do jogo político visava à maximização dos seus próprios interesses. Nessa perspectiva, a coibição da corrupção dar-se-ia a partir do sistema de mercado e do desenvolvimento da burocracia (Filgueiras, 2008).

Avritzer e Filgueiras afirmam que a corrupção tem desencadeado um grande clamor social pela moralização da política, promovendo-se "um deslocamento da ordem do político para a ordem do mundo jurídico, em particular, na dimensão penal. Esse deslocamento ocorre pelo fato de transferirmos às leis a capacidade de controle sobre a ação realizada pelo homem público" (2011a, p. 8-9).

A literatura tem-se dividido ao buscar compreender os efeitos desses deslocamentos. Por um lado, ao voltar a análise para os indicadores de corrupção do Brasil, Power e Taylor (2011) destacam que o país vem avançando nos últimos anos no combate à corrupção, no desenvolvimento de suas instituições de *accountability* e nos indicadores de *rule of law*.

Os autores apontam como marcos dessa melhoria o processo de democratização do Brasil a partir da década de 1980 e as mudanças no desenho institucional dos sistemas político, legislativo e judicial, além da agenda de

reforma do Estado que, desde a década de 1990, vem implicando o fortalecimento, a autonomia e a independência das instituições de controle do país (Power e Taylor, 2011).

Por outro lado, Avritzer e Filgueiras (2011a, p. 8-9) acreditam que "o problema da corrupção no Brasil deva ser pensado não na dimensão do moralismo e da lógica criminal, mas na de seus controles democráticos". Segundo os autores, a criminalização da corrupção pode constituir-se como uma estratégia pouco eficaz no combate à corrupção na medida em que "a criminalização da corrupção contribui para o empoderamento das instituições judiciais, deslocando a representação política da esfera parlamentar para o sistema de Justiça" (Avritzer e Filgueiras, 2011a, p. 26). Esse movimento de primazia pelas instituições judiciais acarretou a retirada da capacidade de "controle público exercido pela sociedade civil e privilegiou o controle realizado no interior do aparato estatal, particularmente no sistema de Justiça" (Avritzer e Filgueiras, 2011a, p. 28).

Há diferentes autores buscando entender como diversos atores institucionais estabelecem-se como rede de instituição de *accountability* (*web accountability*) que compreende, além das instituições judiciais, outras burocracias e instituições que têm focos diferentes dentro dos mecanismos de controle e transparência: "supervisão (por exemplo, a Controladoria Geral, ou CGU, o Tribunal de Contas, TCU); investigação (por exemplo, a Polícia Federal); e sanção (por exemplo, a Promotoria Pública, ou Ministério Público, os tribunais)" (Praça e Taylor, 2014, p. 1; Arantes, 2011a, 2011b, 2018; Kerche e Marona, 2018; Madeira e Geliski, 2019).

O Brasil tem-se destacado pelo movimento de fortalecimento das instituições da *web accountability* com mudanças importantes como o ganho de autonomia e de independência institucional pelo Poder Judiciário, pelo Ministério Público e pela Polícia Federal (Arantes, 2011b). Associado a essa lógica, Arantes et al. (2010, p. 135) destacam que há uma "ampliação da participação do Judiciário e do Ministério Público (MP) no controle dos atos dos Poderes Executivo e Legislativo" no campo dos processos de judicialização da política.

Também é objeto de preocupação da literatura como, concomitantemente a essa proliferação de instituições, desenvolve-se o movimento de codificação e tipificação das práticas entendidas como corrupção, que devem ser

> consideradas em termos de legalidade e ilegalidade, e não de moralidade e imoralidade, levando em conta as diferenças existentes entre práticas sociais e normas legais

e a diversidade de avaliação dos comportamentos que se revela no setor privado e no setor público (Pasquino, 2010, p. 291-292).

Os acontecimentos recentes no Brasil têm permitido ao país figurar como um caso bastante emblemático para essa literatura. Se as primeiras análises apontavam para leituras otimistas quanto ao papel das instituições, hoje, o tom pessimista quanto ao papel desempenhado pelas instituições na sua relação com a governabilidade, com o sistema político e partidário, com o sistema econômico e, portanto, com o Estado de direito e a democracia torna-se o tema-chave para uma tentativa de compreensão dos aspectos teóricos e empíricos que compõem essa parte da obra.

O debate trazido aqui contribui, portanto, com novas análises que se detêm no questionamento sobre a capacidade de judiciários deveras autônomos colaborarem para a manutenção de regimes democráticos, dadas as suas condições institucionais e o tipo de ativismo (a)político desempenhado por seus membros. Contribuindo para uma leitura crítica em relação ao combate judicial à corrupção, os trabalhos desta seção do livro abrangem escolhas metodológicas variadas, representando as diferentes culturas epistemológicas quanti e qualitativas e permitindo reflexões aprofundadas sobre os fenômenos em análise (Goertz e Mahoney, 2012).

Abrindo esta seção, Luciano Da Ros e Bruno Londero (capítulo 9) investigam a relação entre independência judicial e corrupção, questionando o "mantra otimista professado por reformistas, operadores do direito e organizações internacionais", que atribui a magistrados independentes a capacidade de reduzir a corrupção pelo efeito dissuasório proporcionado.

Uma vez que a literatura não observa empiricamente tal associação – embora, desde o início dos anos 2000, um conjunto expressivo de trabalhos discuta essa relação –, o esforço dos autores é pela realização de uma análise entre um indicador de independência judicial *de facto* e indicadores de percepção de corrupção, por meio de estatística linear multivariada, buscando evidências para subsidiar o debate a respeito do enfrentamento judicial à corrupção.

Ao revisar a literatura, os autores apontam a existência de dois grupos de estudos. O primeiro que se dedica a investigar a relação entre níveis de independência judicial e de corrupção por meio de estudos quantitativos comparados com trabalhos específicos sobre a América Latina e com análises nacionais e

subnacionais. Da Ros e Londero apontam os resultados e os limites metodológicos de muitos desses estudos.

O segundo grupo volta-se a análises comparativas aprofundadas sobre a intensificação do papel judicial no combate à corrupção e a análises de trajetórias de países que exibiram melhoras em seus indicadores, buscando verificar os efeitos da atuação judicial nesses casos. Da Ros e Londero concluem que as reformas pela independência judicial não parecem ter sido centrais às trajetórias de redução da corrupção.

A análise empreendida inova ao realizar uma investigação linear que se utiliza das medidas de independência judicial *de facto* de Feld e Voigt (2003) de 61 países desde 1960, tomando como variáveis independentes os índices de percepção de corrupção (CPI), calculados pela Transparência Internacional desde 1995, e o índice de controle da corrupção (CC), elaborado pelo Banco Mundial desde 2000.

Como resultados, Da Ros e Londero concluem, confirmando literatura significativa sobre o tema, que o efeito da independência judicial sobre a corrupção é negativo em quase todos os modelos testados, parecendo "não haver qualquer impacto do nível de independência judicial sobre a corrupção, uma vez tenham se mantido constantes os níveis de democracia liberal e, sobretudo, de desenvolvimento econômico".

Também fazendo uma análise do grau de independência de instituições judiciais de maneira comparada, Cora Hagino e Fábio Kerche (capítulo 10) dedicam-se, em seu capítulo, a analisar os Ministérios Públicos na América Latina, apresentando diferenças e semelhanças institucionais e graus de autonomia e discricionariedade de seus agentes.

Os autores alertam para a diversidade de desenho institucional e de nomenclatura dos diferentes órgãos, optando por agrupamentos baseados em critérios de *accountability* e discricionariedade, que levam à existência de três grandes modelos de Ministério Público nas democracias: o burocrático, mais comum e mais encontrado, em que a *accountability* é prestada ao governo, via Ministério da Justiça, com graus variados de discricionariedade, presente na França, Holanda, Espanha, Alemanha, Inglaterra, Canadá, Escócia, Portugal e Estados Unidos; o eleitoral, menos comum nas democracias, presente nos estados americanos, em que eleições regulares elegem promotores com os mesmos incentivos e restrições que outros políticos, *accountable* a atores externos e ao Judiciário, garantindo a eles grau alto de discricionariedade e

autonomia; e o modelo independente, típico do Brasil e da Itália, em que há baixo grau de *accountability* e "altas doses de autonomia em relação aos políticos, ao governo, ao parlamento, a outros órgãos estatais e aos cidadãos" (Hagino e Kerche, capítulo 10).

Partindo desses três modelos, os autores dedicam-se a analisar o Ministério Público na América Latina por meio das constituições e legislações dos seguintes países: Argentina, Chile, Paraguai, Peru e Uruguai, dada a carência tanto de análises de regras *de jure* quanto de dados secundários capazes de subsidiar uma identificação de procedimentos *de facto*. Apontando distintas nomenclaturas e competências, que vão da acusação até a defesa, da proteção a bens e interesses coletivos e, principalmente, diferenças em relação à localização – e, portanto, autonomia dos órgãos –, os autores demonstram que há um movimento de redução no atrelamento ao Poder Executivo, sendo o modelo de Ministério Público independente o mais comum encontrado na América Latina.

De modo a operacionalizar a análise de independência *de jure*, os autores estabelecem uma análise comparada dos processos de indicação, mandato e destituição dos Procuradores Gerais da República nos países, classificando Argentina, Chile e Peru entre aqueles que podem ser considerados oficialmente independentes; Paraguai e Uruguai, como modelos próximos ao burocrático.

De maneira a apresentar pistas sobre a independência *de facto* dos órgãos, os autores analisam as formas de nomeação, promoção e punição dos promotores naqueles países, demonstrando que o ingresso na carreira é dado por concurso em todos eles, com exceção do Uruguai; a promoção vai variar desde países com impossibilidade de ascensão a não ser por novo concurso, até por meio de seleção proveniente do Judiciário e de nomeação pelo Executivo, chegando a carreiras vitalícias cuja promoção é dada por tempo. A punição é dada por órgãos específicos ou por membros superiores.

A discricionariedade foi analisada pelos critérios de adoção do princípio da legalidade, da oportunidade e da capacidade de negociar penas. Todos os países seguem o primeiro princípio, podendo, excepcionalmente, adotar o princípio da oportunidade em situações de menor importância, sendo que apenas o Uruguai tem competência para negociar penas.

Os autores concluem pela premência de uma agenda de pesquisa que investigue o papel do modelo brasileiro na disseminação de Ministérios Públicos

independentes no continente, assim como de análises de práticas institucionais para além da legislação, que revelem se o grau de independência apresentado por esta é menor quando comparado àquelas.

No âmbito das análises sobre controles, *accountability* e transparência, mas partindo das teorias de controle social, Frederico de Almeida apresenta uma perspectiva crítica quanto ao papel que discursos anticorrupção vêm promovendo em processos de construção de regimes políticos e econômicos, especialmente nos últimos 30 anos, no Brasil e na América Latina.

Almeida (capítulo 11) busca descrever e reconstruir as conexões de sentido da expressão ou categoria nativa de combate judicial à corrupção, entendida como parte de construções políticas e institucionais voltadas a criminalizar, responsabilizar e impingir coerção sobre condutas tipificadas como crime de corrupção, que se mostra como um "mal público".

O autor apresenta um panorama da internacionalização do combate à corrupção e da difusão de políticas desde antes do fim da Guerra Fria, demonstrando o papel dos EUA na disseminação de padrões regulatórios, o que obteve sucesso via OCDE na década de 1990, quando recomendações induziram legislações e mudanças institucionais no âmbito doméstico dos Estados-membros, mostrando como o tema do combate à corrupção foi passando de um problema de competitividade econômica para um tema de defesa da segurança e da estabilidade de regimes democráticos e constituindo-se em uma questão típica de sociedades tradicionais, como um resultado de uma suposta incapacidade de construção de burocracias racionais-legais associadas a legados históricos e culturais.

No caso da América Latina, Almeida demonstra como a inserção dos países nas políticas globais deu-se primeiro pela adesão às normativas internacionais e consequente produção legislativa doméstica, incidindo sobre reformas judiciais e anticorrupção. O estabelecimento, a partir dos anos 2000, das principais legislações de combate à corrupção, permitindo cooperação entre países pelo uso de mecanismos diversos, esteve atrelado às agendas democratizantes, por um lado, e às agendas de modernização econômica, por outro, contando com alterações institucionais e ampliação de poderes dos órgãos do sistema de justiça e resultando, no espectro específico da justiça criminal, em reformas voltadas ao endurecimento penal, que vêm pondo em tensão democratização, eficiência econômica x proteção a direitos fundamentais e efetividade.

Ao mostrar o protagonismo norte-americano na difusão de políticas globais de combate à corrupção e suas relações com países latino-americanos,

Almeida destaca o papel da circulação internacional de *experts* e *expertises* em processos de exportação e importação de modelos de Direito que tiveram efeitos diretos sobre as democracias latino-americanas, especialmente na atuação sobre escândalos de corrupção, seus efeitos econômicos e políticos e na instabilidade de novas democracias, como o autor apresenta na análise da Operação Lava Jato e do caso Odebrecht.

Explorando as relações entre política e justiça, mais especificamente sobre os discursos de agentes judiciais sobre a necessidade de controle e tutela da política, Juliane Sant'Ana Bento (capítulo 12) analisa julgamentos de crimes de prefeitos no estado do Rio Grande do Sul sob a ótica dos efeitos sociais causados em termos de uma decantação da política municipal que privilegia um determinado padrão de gestor público, profissional e despolitizado, em detrimento da estigmatização da política de pequenos municípios cujas práticas políticas tradicionais são vistas como patológicas e heranças coloniais matrizes para a crise política.

Bento demonstra, pela análise de mais de dois mil processos judiciais, entrevistas, jurisprudências e de outras fontes bibliográficas, como os agentes judiciais têm atuado em uma cruzada pela moralização da política, por meio da reforma nos costumes políticos do estado pelos desembargadores, ao mesmo tempo que se valorizam a importação de técnicas de gestão, de planejamento e atuação de especialistas, portanto, de legitimidade *managerial*, desvalorizando a legitimidade ligada à democracia representativa.

O livro finaliza com o posfácio de Fernando de Castro Fontainha e João Pedro Pacheco Chaves, "Democracia e Justiça no Brasil: para onde vamos?", que, ao se questionarem sobre o título da obra, discutem o papel das instituições e de atores do sistema de justiça na promoção de uma cruzada moral contra a política, com efeitos que resultaram em um novo padrão de interfaces entre Política e Direito no país, cujo ápice foi a eleição presidencial de Jair Bolsonaro no ano de 2019.

Fontainha e Chaves fazem uma retrospectiva dos acontecimentos políticos dos últimos anos, apontando o crescente protagonismo do sistema de justiça na dinâmica política, em especial, por meio de um movimento anticorrupção, como um dos fatores explicativos para as mudanças no jogo político eleitoral que culminaram com uma grande guinada conservadora.

O liame argumentativo do texto conduz a uma análise que aponta a existência de uma contraposição entre o fenômeno empírico e a literatura clássica sobre a relação entre Direito e Política e sua visão otimista da capaci-

dade de realização de direitos e ideais republicanos a partir da judicialização. Os autores apontam que, de modo contrário ao defendido por essa literatura, "o fenômeno empírico leva a uma espécie de curto-circuito em que a judicialização da política teve como ponto alto a eleição de um presidente contrário à 'pauta' de expansão de direitos implícita na ideia de 'judicialização da política'" (Fontainha e Chaves, p. 399).

Para conduzir tal análise, os autores retomam a literatura de Antropologia do Direito e sua denúncia quanto a algumas das características do sistema de justiça brasileiro, prioritariamente criminal, e sua atuação seletiva; as contribuições de uma Sociologia Política do Direito no Brasil para a análise sobre a interação entre elites jurídicas e políticas, seus processos de socialização e a pretensão de neutralidade política reivindicada por aqueles, bem como as interseções entre profissões e elites jurídicas e políticas em disputa em um campo de poder.

Resenhando os estudos sobre judicialização da política e reforma do sistema de justiça brasileiro, os autores fazem a crítica de sua incapacidade de questionar o aparente consenso em torno da "captura da agenda republicana por corporações de burocratas e expansão de seus privilégios e prerrogativas" (Fontainha e Chaves, p. 401).

A identificação de diferentes dinâmicas entre o jurídico e o político ao longo dos últimos 30 anos revela que, após uma fase de engajamento das instâncias judiciais na definição e na garantia de direitos, passou-se a "crescentes intervenções, com reflexos na arena política, no âmbito criminal, sobretudo em crimes ligados a esquemas de corrupção" (Fontainha e Chaves, p. 409), em diferentes níveis e com diferentes graus de repercussão, culminando com a Operação Lava Jato e seus desdobramentos, especialmente os eleitorais, revelando a emergência de um novo padrão relacional entre Política e Direito no Brasil, com a eclosão de um novo papel do judiciário: o de faxineiro moral com a tarefa de regenerar a política brasileira.

Desejamos uma ótima leitura!

Referências

Andersen, E. A. "Out of the closets". *Into the courts: legal opportunity structure and gay rights litigation.* Ann Labor: University of Michigan Press, 2005.

Arantes, Rogério Bastos et al. "Controles democráticos sobre a administração pública no Brasil: Legislativo, tribunais de contas, Judiciário e Ministério Público. In Loureiro, M. R. et al. *Burocracia e política no Brasil: desafios para o Estado democrático no século XXI.* Rio de Janeiro: FGV, 2010, v. 26

Arantes, Rogério B. "Polícia Federal e construção institucional". In Avritzer, Leonardo e Filgueiras, Fernando. *Corrupção e sistema político no Brasil.* Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2011a. p. 99-132.

Arantes, Rogério B. The Federal Police and the Ministério Público. In Power, Timothy J. e Taylor, Matthew M. *Corruption and democracy in Brazil: the struggle for accountability*. South Bend: IN, 2011b. p. 184-217.

Arantes, Rogério Bastos. *Ministério Público e política no Brasil*. São Paulo: Instituto de Estudos Econômicos Sociais e Políticos de São Paulo, 2002.

Arantes, Rogério Bastos. "Mensalão: um crime sem autor?". In Marona, Marjorie e Del Rio, Andrés. *Justiça no Brasil: às margens da democracia*. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2018. p. 338-389.

Avritzer, Leonardo e Filgueiras, Fernando. *Corrupção e sistema político no Brasil.* Civilização Brasileira, 2011.

Baum, Lawrence. "Probing the effects of judicial specialization". *Duke Law Journal*, v. 58, n. 7, p. 1.667-1.684 , 2008.

Boutcher, S. A. e Stobaugh, J. E. "Law and social movements". In Snow, D. et al. (orgs.). *The Wiley-Blackwell Encyclopedia of Social Movements*. Oxford: Blackwell Publishing, 2013, p. 342-345.

Brinks, Daniel M. *The judicial response to police killings in Latin America: inequality and the rule of law*. Cambridge University Press, 2007.

Brinks, Daniel M. et al. *Understanding institutional weakness: power and design in Latin American institutions*. Cambridge University Press, 2019.

Chabbouh, Gabriela P. L. *O impacto da judicialização da saúde sobre a Secretaria Municipal de Saúde de São Paulo: orçamento e organização administrativa* (Dissertação). UFABC, São Bernardo do Campo, São Paulo, 2019.

CNJ – Conselho Nacional de Justiça. *Judicialização da Saúde no Brasil: perfil das demandas, causas e propostas de solução*. Relatório de Pesquisa – Justiça Pesquisa, 2019.

Cruz Razo, Juan Carlos. "Por una defensoría pública nacional". *Revista del Instituto Federal de la Defensoría Pública*, México, 2012.

Da Ros, Luciano. "Em que ponto estamos? Agendas de pesquisa sobre o Supremo Tribunal Federal no Brasil e nos Estados Unidos". *Sociologia política das instituições judiciais*. Porto Alegre: Editora da UFRGS/CEGOV, 2017. p. 57-97.

De Fazio, Gianluca. "Legal opportunity structure and social movement strategy in Northern Ireland and southern United States". *International Journal of Comparative Sociology*, v. 53, n. 1, p. 3-22, 2012.

Dressel, Björn et al. "The informal dimension of judicial politics: A relational perspective". *Annual Review of Law and Social Science*, v. 13, p. 413-430, 2017.

Ferejohn, John. "Judicializing politics, politicizing law". *Law and Contemporary Problems*, v. 65, n. 3, p. 41-68, 2002.

Ferreira, Luiz Antonio Miguel e Cury, Carlos Roberto Jamil. "A judicialização da educação". *Revista CEJ*, p. 32-45, 2009.

Filgueiras, Fernando. *Corrupção, democracia e legitimidade*. Belo Horizonte: Editora UFMG, 2008.

Galanter, Marc. "Why the 'haves' come out ahead: speculations on the limits of legal change". *Law & Society Review*, v. 9, n. 1, p. 95-160, 1974.

Gargarella, Roberto. *La justicia frente al gobierno: sobre el carácter contramayoritario del poder judicial*. Barcelona: Ariel, 1996.

Ginsburg, Tom. *Judicial review in new democracies: constitutional courts in Asian cases*. Cambridge University Press, 2003.

Goertz, Gary e Mahoney, James. *A tale of two cultures: qualitative and quantitative research in the social sciences*. Princeton University Press, 2012.

Goodman, Amy. "'Gideon's Army': young public defenders brave staggering caseloads, low pay to represent the poor". *Democracy Now*! Vídeo online. 2013. Acesso em: 02 abr. 2016.

Habermas, J. "Law as medium and law as institution". In Teubner, G. (ed.). *Dilemmas of law in the Welfare State*, p. 203-220. New York: Walter De Gruyter, 1988.

Hilson, Chris. "New social movements: the role of legal opportunity". *Journal of European Public Policy*, v. 9, n. 2, p. 238-255, 2002.

Hirschl, Ran. *Towards Juristocracy: the origins and consequences of the New Constitutionalism.* Cambridge: Harvard Univ. Press, 2004.

Hirschl, Ran. "The judicialization of mega-politics and the rise of political courts". *Annu. Rev. Polit. Sci.*, v. 11, p. 93-118, 2008.

Holmes, Stephen. "Lineages of the rule of law". *Democracy and the rule of law*, v. 19, p. 35-37, 2003.

Kerche, Fábio e Marona, Marjorie. "O Ministério Público na Operação Lava Jato: como eles chegaram até aqui". In Kerche, Fábio e Feres Jr., João (coords.). *Operação Lava Jato e a democracia brasileira*. São Paulo: Contracorrente, 2018. p. 69-100.

Kerche, Fábio. "Autonomia e discricionariedade do Ministério Público no Brasil". *Dados*, v. 50, n. 2, p. 259-279, 2007.

Kritzer, Herbert M. e Silbey, Susan S. *In litigation: do the haves still come out ahead?*. Stanford University Press, 2003.

Mccann, M. *Rights at work: pay equity reform and the politics of legal mobilization*. Chicago/London: The University of Chicago Press, 1994.

Madeira, Lígia Mori. "Institutionalisation, reform and independence of the public defender's office in Brazil". *Brazilian Political Science Review*, v. 8, n. 2, p. 48-69, 2014.

Madeira, Lígia Mori e Geliski, Leonardo. "O combate a crimes de corrupção pela Justiça Federal da Região Sul do Brasil". *Revista de Administração Pública*, v. 53, n. 6, p. 987-1010, 2019.

Marona, Marjorie e Barbosa, Leon Victor de Queiroz. "De que protagonismo judicial estamos falando?". In Marona, Marjorie e Del Rio, Andrés. *Justiça no Brasil: às margens da democracia*. Belo Horizonte: Arraes, 2018.

Pfaff, John. "A mockery of justice for the poor". *New York Times*, 2016. Disponível em: http://www.nytimes.com/2016/04/30/opinion/a-mockery-of-justice-for-the-poor. html?emc=eta1. Acesso em: maio 2016.

Power, Timothy J. e Taylor, Matthew M. *Corruption and democracy in Brazil*. South Bend: IN, 2011.

Praça, Sérgio e Taylor, Matthew M. "Inching toward accountability: the evolution of Brazil's anticorruption institutions, 1985-2010". *Latin American Politics and Society*, v. 56, n. 2, p. 27-48, 2014.

Oliveira, Vanessa E. e Noronha, Lincoln N. "Judiciary-executive relations in policy making: the case of drug distribution in the state of Sao Paulo". *Brazilian Political Science Review*, v. 5, n. 2, p. 10-38, 2011.

Oliveira, Vanessa Elias de e Couto, Cláudio. "Diretrizes prioritárias e fases da implementação: como mudam as políticas públicas". In Lotta, Gabriela (org.). *Teoria e análises sobre implementação de políticas públicas no Brasil*. Brasília: ENAP, 2019. p. 67-97.

Pasquino, G. "Corrupção". In Bobbio, N. et al. (orgs.). *Dicionário de política*. Brasília, DF: Ed. UnB, 2010. p. 291-293.

Rosenberg, Gerald N. *The hollow hope: Can courts bring about social change?* Chicago: University of Chicago Press, 2008.

Ruibal, Alba M. "Movilización y contra-movilización legal: propuesta para su análisis en América Latina". *Política y gobierno*, v. 22, n. 1, p. 175-198, 2015.

Scheffer, Mario. "Coberturas assistenciais negadas pelos planos e seguros de saúde em ações julgadas pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo". *Revista de Direito Sanitário*, v. 14, n. 1, p. 122-131, 2013.

Scheingold, Stuart A. *The politics of rights: lawyers. Public policy, and political change*. New Haven: Yale University Press, 1974.

Scherer-Warren, Ilse e Lüchmann, Lígia Helena Hahn. "Situando o debate sobre movimentos sociais e sociedade civil no Brasil – Introdução". *Política & Sociedade*, v. 3, n. 5, p. 13-36, 2004.

Shapiro, Martin et al. *On law, politics, and judicialization*. Oxford University Press, 2002.

Sikkink, Kathryn. *The justice cascade: how human rights prosecutions are changing world politics*. Nova Iorque: WW Norton & Company, 2011.

Tate, C. Neal e Vallinder, Torbjörn. "Judicialization and the future of politics and policy". In ______ e ______. *The global expansion of judicial power*. 1995. p. 517-528.

Taylor, Matthew M. e Da Ros, Luciano. "Os partidos dentro e fora do poder: a judicialização como resultado contingente da estratégia política". *Dados*, v. 51, n. 4, p. 825-864, 2008.

Teubner, G. *Juridification of the social spheres*. New York: Walter de Gruyter, 1987.

Tushnet, M. *Taking the constitution away from the courts*. Princeton, NJ: Princeton Univ. Press, 1999.

Vanhala, Lisa. "Fighting discrimination through litigation in the UK: the social model of disability and the EU anti-discrimination directive". *Disability & Society*, v. 21, n. 5, p. 551-565, 2006.

Waldron, J. "The core of the case against judicial review". *Yale Law Journal*, v. 115, p. 1.346-1.406, 2006.

Whittington, K. "Interpose your friendly hand: political supports for the exercise of judicial review by the United States Supreme Court". *Am. Polit. Sci. Rev.*, v. 99, p. 583-596, 2005.

Whittington, Keith E. "Preserving the 'Dignity and Influence of the Court': political supports for judicial review in the United States". Shapiro, Ian et al. (orgs.). *Rethinking political institutions: the art of the State*. Nova Iorque: NYU Press, 2006. p. 283-302.

Parte I
Constitucionalismo, direitos, acesso à justiça e judicialização de políticas sociais na América Latina

– 1 –
Reconstruyendo el constitucionalismo americano: el problema de la "Disonancia Democrática"

Roberto Gargarella

1 Introducción

Este trabajo vuelve sobre el problema central del constitucionalismo, referido a las tensiones que existen entre el ideal del constitucionalismo y el ideal democrático. La discusión sobre el tema ya lleva demasiados años sobre sus espaldas. Quisiera, por un lado, actualizar ese debate; y por otro mostrar las implicaciones del mismo en la práctica, tomando el ejemplo del constitucionalismo americano. En este sentido, mi trabajo se encontrará apoyado en una larga serie de estudios que he hecho en la materia, y me ayudará a repensar y -esperablemente- a llevar más allá a tales escritos.

La idea fundamental que recorre a este trabajo es simple, y quisiera exponerla abiertamente desde un comienzo –primero, de una forma muy cruda, y luego, de modos más detallados. En su forma más cruda, la idea dice lo siguiente: una mayoría de nuestras constituciones fueron moldeadas conforme a un paradigma hostil al ideal del auto-gobierno, razón por la cual nuestras Constituciones quedaron repletas de cláusulas e instituciones "limitadoras" o "incapacitadoras" del auto-gobierno colectivo. Ocurre, sin embargo, que hoy vivimos bajo un paradigma fuertemente democrático; lo cual genera una situación de *disonancia*: tenemos expectativas y demandas que nuestra organización institucional no ayuda a satisfacer, sino que por el contrario habitualmente frustran.[1]Hablaré, por tanto, de una situación de *disonancia democrática*.

---

[1] Ver, por ejemplo, el libro de Robert Dahl, *How democratic is the American Constitution,* en donde el autor se pregunta "cuánto es que nuestro sistema constitucional satisface los están-

Para dar un poco más de carnadura a la introducción anterior, la expresaría en tres breves pasos. Primero: desde su nacimiento, a fines del siglo XVIII, el constitucionalismo –americano, que es el tipo de constitucionalismo del que me voy a ocupar- apareció inscripto dentro de un paradigma de pensamiento que era el típico de la época, y que obviamente tenía que ver con una visión muy hostil a la democracia o, en el mejor de los casos, con una visión muy estrecha de la democracia. Cuando se hablaba de democracia, entonces, se pensaba a la misma en relación con la democracia directa griega, a la que se consideraba fuente de graves males sociales: violencia, violación de derechos etc.[2]

Segundo: las Constituciones que se crearon en la época (la Constitución de los Estados Unidos en 1787; y una mayoría de Constituciones Latinoamericanas, desde comienzos del siglo XIX) reflejaron, como era esperable, ese tipo de presupuestos elitistas, que quedaron plasmados, más o menos directamente, a lo largo de toda la Constitución.

Tercero: el paradigma aristocrático o elitista que fuera dominante en el "momento fundacional" del constitucionalismo americano (digamos, entre fines del siglo XVIII y mediados del siglo XIX), comenzó a resquebrajarse a mediados del siglo XIX.[3] Desde entonces a la actualidad, en América como en Europa, la ruptura del viejo orden fue seguida por crecientes demandas democratizadoras, que hoy se encuentran en un punto culminante. Podríamos decir que vivimos

---

dares democráticos propios de este momento?" Se interroga además: "si nuestra constitución es en ciertos modos relevantes defectuosa desde un punto de vista democrático, deberíamos entonces cambiarla, y cómo? (Dahl 2003, 3-4). Seemingly, Sanford Levinson, escribiendo sobre la Constitución norteamericana, sostuvo que: "la Constitución es insuficientemente democrática, en un país que profesa creer en la democracia, *y además* significativamente disfuncional, en terminus de la calidad de gobierno que recibimos...[es] una creación humana abierta a crítica y también al rechazo " (Levinson 2008, 9).

[2] Así, por ejemplo, a lo largo de las páginas de *El Federalista* n.10. en donde Madison habló de tales democracias diciendo que ellas "han dado siempre un espectáculo de turbulencia... incompatible con la seguridad personal y los derechos de propiedad".

[3] Las así llamadas "revoluciones democráticas" de 1848, en Europa, simbolizaron, de algún modo, ese punto de quiebre, que se fue profundizando a lo largo de todo el siglo, con crecientes demandas de participación democrática (expresadas, de modo particular, en demandas favorables a la expansión del sufragio). En América Latina, la ruptura del viejo "orden colonial", a comienzos del siglo XIX, terminó por expresar regionalmente ese estallido democrático que había ocurrido en Europa en 1848 (Halperín Donghi 2007).

en una época marcada por el *hecho de la democracia.*[4] Quiero decir: tenemos una asentada y extendida convicción de que nos corresponde el derecho a intervenir en la decisión sobre aquellos asuntos públicos que de modo directo nos conciernen. El problema es, sin embargo, que nuestras viejas o renovadas Constituciones no han sabido tomar nota del "hecho de la democracia," y siguen estando muy marcadas por aquellos viejos rasgos elitistas que las marcaron en un comienzo. Esta situación, según entiendo, genera una "disonancia democrática" profunda, y amplios niveles de di-satisfacción con el estado de cosas dominante, en términos políticos, legales y constitucionales.

En apoyo a esta afirmación, el Reporte del Latinobarómetro 2017: "El declive de la democracia se acentúa en 2017, con bajas sistemáticas del apoyo y la satisfacción de la democracia, así como de la percepción de que se gobierna para unos pocos" (Latinobarómetro, 2017). El informe da cuenta de múltiples indicadores que también confirman la baja. Los gobiernos sufren la misma suerte, cada año los latinoamericanos los aprueban menos.

En lo que sigue, no voy a ocuparme de dar apoyo a este tercer reclamo, referido al "hecho de la democracia," que daré por supuesto. Haré algunas referencias, en cambio, al modo en que el sistema constitucional quedó moldeado por supuestos de tipo aristocrático, o en tensión con básicos ideales democráticos; y dedicaré especial atención a mostrar los remanentes (llamémoslos así) anti-democráticos que persisten dentro de dicho esquema. Como en trabajos anteriores, tendré en mente, al hablar de "democracia," una noción bastante robusta de la misma, ligada con lo que a veces se denomina una concepción "dialógica," "conversacional" o "deliberativa", de la misma. Sin embargo, lo cierto es que, para los propósitos de este trabajo, me bastará con mucho menos, esto es decir, con presuponer o tomar en cuenta una noción modesta y de sentido común de la misma. Esta versión "modesta" de la democracia, que es susceptible de lecturas más o menos exigentes de la misma, parte de la idea de que somos individuos moralmente iguales, y afirma que los asuntos públicos o de interés común deben ser discutidos y decididos colectivamente, esto es, quedar sujetos, en última instancia, a la regla de la mayoría.

---

[4] En sentido similar, pero diferente de un modo importante también, algunos han hablado del "hecho del pluralismo" como marca de la época (Rawls 1991), y otros, en el mismo sentido, han hablado del "hecho del desacuerdo" (Waldron 1999). Creo que una mejor descripción de lo que es propio del tiempo tiene que ver, no tanto con los niveles de diversidad o desacuerdos existentes, sino con el derecho a participar en la decisión de tales asuntos sobre los que desacordamos.

En la próxima sección, y antes de adentrarme en el cuerpo central de mi trabajo, quisiera señalar de qué modo la discusión que voy a llevar adelante, pretende terciar en los tradicionales debates en torno a la tensión entre constitucionalismo y democracia; y la justificación (o no) de las "reglas incapacitadoras".

2 La permanencia de las reglas "incapacitadoras"

En uno de los escritos más importantes que se han discutido en el área, el profesor Stephen Holmes distingue entre *reglas regulativas* y *reglas constitutivas*, que podemos tomar como punto de partida. Las reglas regulativas (del tipo "no fumar") definen el contenido de actividades preexistentes: las constitutivas (del tipo "los alfiles mueven en diagonal"), tornan posible una práctica por primera vez (Holmes 1993, 227). La Constitución establece, típicamente, las reglas constitutivas para el "juego" referido a la vida en común y el autogobierno colectivo. Dichas reglas pueden ser clasificadas, en principio, como "capacitadoras" e "incapacitadoras" (*enabling* y *disabling)*. Dicha clasificación tiene sentido, en particular, a la luz de una larga discusión impulsada en su momento por (llamémosle así) sectores radical-democráticos que objetaron tradicionalmente al constitucionalismo (o, más precisamente, a ciertas formas del constitucionalismo), al que vieron como responsable de limitar inaceptablemente las razonables apetencias de autogobierno de las nuevas sociedades. Holmes, en su trabajo, alude a esta línea de pensamiento vinculándola con el pensamiento de autores como Thomas Paine –y su defensa del "consentimiento de los que están vivos" – o Thomas Jefferson –y la idea de que "cada generación" es "independiente" de la que la precede, y por tanto no debe ser limitada por ella (ibid., 200, 205). Contra dicha crítica de raíz democrática al constitucionalismo, autores como Holmes, y antes que él, de modo notable, Jon Elster, presentaron una defensa importante del constitucionalismo, capaz de sortear aquella línea de objeciones. Para ellos, no es cierto que todos los límites esclavizan o conllevan una pérdida de la libertad -del mismo modo en que el "atarse las manos al mástil", de Ulises frente al canto de las sirenas, no merece leerse como un modo de "perder libertad."[5] Hay límites que "liberan" o "capacitan". En este sentido, las Constituciones pueden –y merecen- ser vistas fundamentalmente como estableciendo reglas "capacitadoras" del autogobierno. Reglas constitutivas como la que garantiza la libertad

---

[5] Ver, por ejemplo, Elster (1979), y en general Elster & Slagstad, eds., (1993).

de expresión, o impide que la oposición sea perseguida de modo injusto, deben ser vistas como limitaciones o reglas “capacitadoras”, antes que como límites destinados a provocar la pérdida de libertad de las generaciones futuras.

La argumentación destinada a presentar a la Constitución, fundamentalmente, como un conjunto de reglas capacitadoras, ganó mucha consideración académica.[6] Sin embargo, en este escrito quisiera volver a insistir sobre el argumento democrático. Ello, no para negar la posibilidad de que haya “límites que liberan”, o para desmentir que la Constitución pueda tener reglas o tenga que favorecen el autogobierno. Más bien, me interesa sostener que de las Constituciones generan también el riesgo de que unos pocos establezcan límites sobre la mayoría, mientras que ellos (sus creadores) mantenían sus propias manos “desatadas” (éste fue, en esencia, el contra-argumento que el propio Elster presentó contra su argumentación original en defensa de la “Constitución como precompromiso”, Elster 2000). Lo que sostengo al respecto es que las limitaciones -llamémoslas así, anti-democráticas- construidas al interior de la Constitución, quedaron instaladas dentro de la misma. Me interesa decir que, a pesar de los numerosos cambios formales (reformas constitucionales) e informales (i.e., cambios interpretativos) que impactaron sobre la Constitución, tales inatractivos rasgos han permanecido básicamente intocados. En otros términos, los cambios implementados en materia constitucional fueron significativos pero, en todos los casos, y en lo relevante, ellos mantuvieron intocada la organización del poder constitucional –la que he denominado “la sala de máquinas de la Constitución”. Como corolario, nos encontramos hoy con que la “explosión democrática” extraordinaria que se vivencia en la época (expresada en lo que llamé “el hecho de la democracia”) nos encuentra con un entramado constitucional limitativo en extremo, generando esta situación de “disonancia democrática” en la que hoy vivimos.

3 Constitucionalismo en las Américas: dificultades heredades

Según diré, el principal problema que heredamos del viejo constitucionalismo de los siglos XVIII y XIX, tiene que ver con el sesgo anti-democrático o contra-mayoritario del mismo, que quedaría incorporado en cada una de las principales piezas del esquema constitucional. En efecto, todavía hoy, el carácter contra-mayoritario del sistema institucional se expresa de modos diversos dentro

---

[6] Sin embargo, notablemente, ver Elster 2000, auto-criticando su argumento original al respecto.

de la organización constitucional. Me interesará subrayar, entonces, la permanencia y relevancia de las "reglas incapacitadoras" que permanecen en nuestro ordenamiento. En lo que sigue, y luego de algunas consideraciones generales sobre el "carácter contra-mayoritario" del constitucionalismo regional, me concentraré en el análisis de algunas de las siguientes cuestiones: i) la representación como separación; ii) la preferencia por los controles internos antes que externos o populares; iii) el sistema de "frenos y contrapesos" entendido como sistema destinado a canalizar el conflicto; y iv) la cuestión referida a los jueces como custodios de "derechos naturales". Luego, me referiré a dos graves problemas adicionales, más propios o típicos del constitucionalismo latinoamericano: v) la cuestión del híper-presidencialismo; y vi) problemas relacionados con lo que llamaré "Constituciones disociadas."

4 La creación de un sistema contra-mayoritario

El modo en que el constitucionalismo americano organizó a la función judicial ha dado lugar a recurrentes y conocidas críticas, que Alexander Bickel plasmó bajo la idea de la "dificultad contramayoritaria".[7]En esta sección procuraré fundamentalmente subrayar dos temas. En primer lugar, afirmaré que el problema en cuestión trasciende largamente a una "dificultad" que afecta al área judicial. Se trata, más bien, de un rasgo de identidad que define al modelo constitucional adoptado. En segundo lugar, señalaré que el problema en cuestión tiene que ver con un modo inatractivo de pensar la democracia, heredado de una tradición política y filosóficamente elitista.

Sobre el primer punto, comenzaría suscribiendo un juicio hecho por Roberto Mangabeira Unger, quien resumió adecuadamente esta visión, al sostener que el "pequeño y sucio secreto de la jurisprudencia contemporánea" está dado por su "disconformidad con la democracia" –una disconformidad que se expresa, según él, y sobre todo, en una "*la hipertrofia de prácticas y arreglos contramayoritarios* (Unger 1996, 72, 198, énfasis añadido). Jack Balkin también exploró esta peculiar "sensibilidad anti-popular," que reconoce como propia de las elites jurídicas dominantes (Balkin 1995, 1951).

[7] Decía Bickel: "Cuando la Corte Suprema declara inconstitucional una ley o un decreto ejecutivo, ella tuerce la voluntad del pueblo del aquí y ahora; ejerce su control no a favor de la mayoría prevaleciente, sino en contra de ella" (Bickel 1967, 16-17).

El punto es relevante, según entiendo, porque acostumbramos a centrar nuestra atención en "la dificultad contramayoritaria" como dificultad constreñida a la esfera judicial, cuando se trata de un problema que la trasciende obviamente. Hablo de un rasgo que define a todo el sistema institucional, y que tiene que ver con una actitud de *desconfianza democrática* –desconfianza en relación con las capacidades de la ciudadanía para tomar a cargo la decisión de sus propios asuntos-distintiva de la dirigencia que quedó a cargo del diseño de los sistemas constitucionales americanos. Se trata, en definitiva, de que el modelo constitucional que se convirtió en dominante en toda América resultó apoyado en una concepción elitista que, según diré, aparece en tensión con la concepción democrática que parece más difundida entre la ciudadanía, en la actualidad -una concepción hoy asociada a prácticas y convicciones extendidas.[8] Por entonces, y como sostuviera Robert Dahl -tal vez uno de los mejores analistas de la época- el constitucionalismo no manifestó, en sus orígenes, "mayor ansiedad sobre los peligros que podían surgir de la tiranía de la minoría, pero mostró un enorme temor, en comparación, frente al riesgo de la tiranía de la mayoría" (Dahl 1956, 9).

En América Latina, esa lectura de la "desconfianza" tendió a primar en las clases dirigentes regionales, a mediados del siglo XIX. La idea conforme a la cual la sociedad no estaba preparada, ni interesada, en ejercer sus libertades políticas, era propia del pensamiento de toda esa generación de dirigentes latinoamericanos. El historiador Natalio Botana describió dicho pensamiento como el tránsito *"de la soberanía del pueblo a la soberanía de la razón"* (Botana 1996). En otros términos: la dirigencia de la época coincidía en desafiar la visiónmás democratizadora –Rousseauniana- que había primado en el tiempo de la revolución (la de la "soberanía del pueblo"), para afirmar que era la hora de la "soberanía de la razón", esto es, la hora de un gobierno a cargo de minorías bien preparadas.[9]

---

[8] Esa visión de desconfianza democrática, fue identificada por Carlos Nino como (una modalidad del) "elitismo epistémico". Se trata del tipo de "elitismo político" que Morton White considerara distintivo del pensamiento de los "padres fundadores," en el momento decisivo de la creación constitucional norteamericana, y característico –en particular- de los trabajos presentes en *El Federalista* –la principal y más influyente pieza ideológica en la fundamentación de dicho esquema constitucional (White 1987, 213). En buena medida, podría decirse, ése es el hilo que finalmente recorre y une a toda la estructura constitucional elaborada por la Convención Federal de 1787.Procuré dar apoyo textual e histórico a estos dichos en Gargarella (2010).

[9] Tal como lo expresara Esteban Echeverría en su obra más conocida –el *Dogma Socialista*: "la razón colectiva sólo es soberana, no la voluntad colectiva. La voluntad es ciega, caprichosa, irracional." (Echeverría 1915, 185-86). Esta línea de pensamiento fue común en América La-

Concluiría esta sección introductoria subrayando dos puntos, en torno a lo dicho. En primer lugar, dicha concepción estrecha sobre la democracia es la que –a través de dirigentes como los señalados- tendió a primar dentro de las Convenciones Constituyentes celebradas en esa segunda mitad del siglo. En segundo lugar, y a resultas de lo expresado, llamaría la atención sobre el hecho de que tal paradigma fue el que definió –desde entonces y hasta hoy- el perfil de la parte medular de nuestras constituciones, esto es decir, la que refiere a los modos en que se organiza el poder. En las próximas secciones, vamos a reconocer el impacto de este tipo de supuestos, en la construcción de todo el esquema constitucional latinoamericano.

5 Representación como separación

En América Latina, como en buena parte del mundo occidental, se reprodujeron, desde el tiempo de la independencia, las discusiones que se habían dado en el mundo anglosajón en torno al carácter de los representantes. Tales discusiones encuentran un primer y crucial punto de referencia en los debates de Bristol de 1774, entre el conservador Edmund Burke y el radical Heny Cruger, acerca del vínculo que debía existir entre electores y elegidos una vez terminado el comicio. Ellos se preguntaron: Es que el representante debía seguir estrictamente el "mandato" particular de sus electores –lo que podía implicar que él quedaba sujeto a "instrucciones obligatorias" y "revocatoria de mandatos"; o es que debía independizarse de aquellos, y pasar a servir los intereses generales de la Nación (antes que a los intereses fraccionales de quienes lo habían escogido)?

---

tina del siglo XIX. Mencionaría, en tal sentido, al venezolano Andrés Bello, tal vez la figura jurídica más influyente en Chile, y una de las más importantes de la región. Responsable intelectual del Código Civil Chileno, pero también de la decisiva Constitución de Chile de 1833 (objeto de admiración en toda América Latina), él sostuvo, en uno de sus escritos más conocidos: "los pueblos son menos celosos de la conservación de su libertad política, que la de sus derechos civiles. Los fueros que los habilitan para tomar parte en los negocios públicos, les son infinitamente menos importantes, que los que aseguran su persona y sus propiedades... Raro es el hombre tan desnudo de egoísmo, que .. se sienta más herido cuando arbitrariamente se le priva, por ejemplo, del derecho del sufragio, que cuando se le despoja violentamente de sus bienes" (Jaksic 2001, 212). De manera similar se manifestaría, en Colombia, el liberal José María Samper, una de los dos grandes intelectuales –junto con Miguel Antonio Caro- detrás de la Constitución de 1886, reivindicaba la nueva Constitución de su país, a pesar de las limitaciones de derechos que ella imponía (ver, por ejemplo, Valencia Villa 1992, 154-5).

En el ámbito americano, la opción por un sistema representativo, entendido este como como un sistema en tensión con la democracia, fue clara desde un comienzo. Dicha opción fue expresada como nadie por James Madison, en su artículo más importante –*El Federalista* n. 10- en donde marcó las grandes diferencias que separaban al sistema democrático del republicano (así se refirió al sistema representativo). Sostuvo entonces que en los regímenes representativos, "la voz pública" era "refinada y expandida" a través de un "cuerpo escogido de representantes, cuya sabiduría puede conocer mejor el verdadero interés del país, y cuyo patriotismo y amor por la justicia no va a ser sacrificado por consideraciones ocasionales." Bajo dicho esquema, agregó Madison –en lo que sería una línea fundamental de su escrito- "es muy probable que la voz pública, pronunciada por los representantes del pueblo, esté más en consonancia con el bien común, que si la hubiera pronunciado el pueblo mismo, convocado para ese fin." La idea allí suscripta, y que Madison contrapuso a la idea "democrática," no fue solamente la de un sistema representativo, a secas, sino la de un sistema representativo entendido de un modo particular, en donde la representación era vista como una "primera opción" –esto es, de modo contrario a como la podía verla toda la tradición radical-democrática, identificada con autores como Paine o Jefferson, y que pensaba a la representación como un "mal necesario" o un "segundo mejor". Para quienes entendían a la representación como "mal necesario," el sistema representativo se aceptaba dada la imposibilidad práctica de la primera opción, de democracia directa. Y ello significaba, a la vez, que toda oportunidad de volver a la democracia directa, o de apelar a ella, debía ser, en principio, bienvenida. Para la tradición "triunfante," en cambio (la de la representación como "primera opción"), la conclusión era otra: ni aún en los casos o modos en que fuera posible, resultaba atractiva o merecía favorecerse la democracia directa.

En América Latina, como en otras regiones, la posición que terminó por prevalecer en materia de representación fue la que en Bristol defendiera Edmund Burke; y la que quedaría incorporada en el constitucionalismo de los Estados Unidos.La Constitución chilena de 1823, por ejemplo, dejaba en claro que la soberanía no residía en el pueblo, sino en sus representantes.En su artículo 3 expresaba: "La soberanía reside esencialmente en la Nación, y el ejercicio de ella en sus representantes." De modo todavía más extremo,el artículo 22 de la Constitución Argentina, vigente desde 1853, sostiene que "El pueblo no delibera ni gobierna, sino por medio de sus representantes y autoridades creadas por esta Constitución. Toda fuerza armada o reunión de personas que se atribuya los derechos del pueblo y peticione

a nombre de éste, comete delito de sedición." Se trata de un artículo que –de forma no sorpresiva- se usó y sigue siendo usado como base textual para criminalizar protestas pacíficas en las calles.[10]

Conviene advertir que los críticos de la "separación" no pretendían negar las dificultades propias del autogobierno colectivo, ni ser ciegos a los obvios riesgos derivados del establecimiento de vínculos muy estrechos entre representantes y representados. Tales riesgos habían sido bien descriptos por Burke en su debate de Bristol: representantes que no piensan más por su cuenta; representantes que quedan sometidos a la voluntad de una facción e indispuestos a cambiar por mejores ideas expuestas en nombre del interés general; representantes que se convierten en meros "muñecos parlantes" de sus representados. Lo que a estos críticos les interesó, sobre todo, fue dejar en evidencia los obvios riesgos que conllevaban las posturas alternativas, y desde entonces dominantes. Me refiero a los riesgos previsibles derivados de las posiciones conservadoras prevalecientes en materia de representación: los representantes –previsiblemente- iban a inclinarse a actuar conforme a sus propios intereses; los representantes iban a coaligarse con sus pares y actúan como clase con intereses propios; los representantes, simplemente, iban a desvincularse de sus electores, y así iban a dejar de reconocer y entender los intereses de sus electores, a quienes habían prometido seguir y servir.

Quienes propiciamos sistemas institucionales más democráticos, rechazamos algunos supuestos que parecen claves en el tipo de organizaciones constitucionales aquí expuestas. Contra la tradición elitista avanzada por Burke, sostenemos que la deliberación de unos pocos no basta, para favorecer la toma de decisiones democráticas e imparciales. La propuesta burkeana era capaz de reconocer apropiadamente el valor de la deliberación –deliberación como modo de cambiar de idea, si la propia se confrontaba con una idea mejor-; a la vez que queda ciega frente al valor de la inclusión –el valor del debate *colectivo*. Y lo cierto es que la deliberación limitada a unos pocos maximiza el riesgo de no reconocer o no sopesar debidamente las legítimas aspiraciones de una mayoría de la sociedad. Lo dicho no implica valorar, contrariamente, la participación sin la posibilidad de informarse y/o debatir debidamente. Debe ser posible un proceso de toma de decisiones que resulte, a la vez, inclusivo, informado y basado

[10] Una ilustración particularmente importante y preocupante de esa postura judicial se advierte en el "Schifrin, Marina", Fallo de la Sala I de la Cámara Nacional de Casación Penal Tribunal: Cámara Nacional de Casación Penal, sala I (2002).

en el diálogo y acuerdo entre sus miembros. En todo caso, el punto del análisis es más limitado: se trata de mostrar de qué modo la tradición representativa que es propia de nuestro sistema de gobierno se asienta en supuestos de tipo elitista, que hoy tenemos razones para rechazar; a la vez que genera riesgos –el aislamiento, la burocratización, la falta de conocimiento de los problemas ciudadanos- que tenemos razones para resistir.

6 La preferencia por los controles "endógenos" sobre los exógenos o populares

Desde los inicios de las reflexiones sobre la representación política y los controles a los representantes, se abrió otra discusión fundamental, que acompañó a las anteriores. Me refiero a la discusión acerca del valor de privilegiar los controles "internos" o "externos"; "endógenos" o "exógenos". En el contexto norteamericano, dicho debate se conoció desde temprano, por ejemplo, en el escrito que presentara Thomas Jefferson, como sus "Notes on the State of Virginia," a los que le replicara Madison, desde El Federalista n. 49. En dicho caso, Jefferson presentó una defensa de los controles populares o "exógenos," esto es decir, los que pudiera realizar la propia ciudadanía, con su voto y otros medios, frente al poder, ante situaciones de trabazón institucional y crisis de gobierno. Como forma de impedir las crisis constitucionales ("correct [breaches]" of the constitution,"), él propuso llamar a una Convención popular cada vez que se hiciera necesario solucionar un conflicto institucional grave. Contra dicha posibilidad, Madison se mostró muy enfático. Para él, la propuesta jeffersoniana enfrentaba al menos tres problemas: i) prometía disturbar la tranquilidad pública, haciendo un llamado a las pasiones; ii) iba a privar al gobierno de la "veneración" que el mismo necesitaba; y iii) terminaba sugiriendo una solución sesgada, dado que el órgano legislativo –el más cercano al pueblo- iba a resultar favorecido, tendencialmente, ante consultas semejantes.

La paulatina afirmación de la alternativa madisoniana, en los Estados Unidos primero, y luego en América Latina, vino de la mano con la sistemática pérdida de prestigio de los controles populares o "exógenos". Se enfatizaron entonces los controles "endógenos" o internos al sistema institucional: de una rama del poder sobre las otras. La mayoría de los controles externos en los que en algún momento se había pensado, o se habían puesto en práctica, fueron resultando entonces desplazados –salvo el voto periódico. Así, se dejaron de lado ideas y prácticas como la de las "town meetings" o las instrucciones a los

representantes, a la vez que se tornaban cada vez más comunes y extendidas las elecciones indirectas o los mandatos extendidos en el tiempo, y se descartaba a la vez la posibilidad de contar con legislativos unicamerales que, por un lado, afirmaban la idea rousseauniana conforme a la cual la "voluntad del pueblo" era "una e indivisible," y por otro dejaba en claro que no se quería el control de la gran propiedad (el Senado) sobre la voluntad más directa del pueblo.

En América Latina, la discusión fue algo menos densa, en éste como en otros temas, pero ella no estuvo de ningún modo ausente. En la región también habían sido comunes las iniciativas de intervención y controles populares (las propuestas y prácticas relacionados con los "controles exógenos"): los cabildos nacidos con el objeto de acercar el pueblo al gobierno; las instrucciones a los representantes, que fueron tan comunes en los primeros años posteriores a la independencia etc. Sin embargo, y conforme a lo dicho, la regla fue la opción por los controles endógenos antes que exógenos: los primeros fueron paulatina pero sistemáticamente eliminados.[11] El rechazo de las instrucciones se convirtió, en la época y desde entonces, en un evento de un impacto simbólico extraordinario. La temprana decadencia de las "instrucciones a los representantes" fue seguida por la lenta agonía de los Cabildos; la desaparición de la idea de la revocatoria de los mandatos; la extensión de la permanencia de los representantes en sus cargos; el desdén hacia la idea de la "rotación obligatoria" etc. En toda la región, el sufragio terminó siendo objeto de recortes de todo tipo. Por un lado, aparecieron las elecciones indirectas como modo de "selección de los mejores" (Palti 2007); y por otro, aparecieron limitaciones relacionadas con la edad, el ingreso, la propiedad y la capacidad, destinadas a asegurar la elección de los "notables" (ver, por ejemplo, Sábato 2010; Sábato y Lettieri 2003).

El hecho de que –al final del día- los controles sobre la función pública pasaran a ser, en toda América, controles fundamentalmente internos (de una rama del poder sobre las otras), generó problemas muy serios. Por razones de espacio, subrayaría aquí, simplemente, una de las consecuencias que se siguieron de los nuevos criterios: La decisión de descansar, fundamentalmente, en controles

[11] Un ejemplo temprano y muy notable, al respecto, lo constituye el rechazo de las instrucciones que traían los representantes ("artiguistas") de la Banda Oriental (Uruguay), por parte de la Asamblea General Constituyente de 1813, de las Provincias Unidas del Río de la Plata. Esas famosas "instrucciones del año XIII", resumidas en las ideas de federalismo, república e independencia, eran producto de un ideario radical-rousseauniano, que resultaba indigerible para la elite porteña, en Buenos Aires (Petit Muñoz 1956).

institucionales internos implicó una sobre-carga responsabilidades extraordinaria para el sufragio periódico. Una herramienta que fuera, en su momento, central –pero finalmente, una entre varias- para el control al poder y la comunicación con el mismo, pasó a cargar sobre sus espaldas con casi toda la responsabilidad al respecto –una responsabilidad que, insisto, antes era compartida. Ubicado en dicha función, sin dudas, el voto periódico perdió buena parte de su fuerza: hoy se muestra como una herramienta muy limitada para controlar al poder, y notablemente imperfecta para facilitar la comunicación entre representantes y representados.

7 "Frenos y Contrapesos" o diálogo constitucional

El sistema de "frenos y contrapesos", que todavía hoy gobierna las relaciones entre las ramas del poder, nació asociado a una sociología política estrecha, y a una filosofía política más bien elitista, como la explicitada más arriba. Voy a referirme a tales supuestos muy brevemente, partiendo del caso "madre" en la materia, que es el de los Estados Unidos, cuna del sistema de los *checks and balances*.

En su momento, James Madison describió parte de los supuestos sociales de los que habían partido los autores de la Constitución. Así, en *El* Federalista n. 10, Madison sostuvo:

Los propietarios y los que carecen de bienes han formado siempre distintos bandos sociales. Entre acreedores y deudores existe una diferencia semejante. Un interés de los propietarios raíces, otro de los fabricantes, otro de los comerciantes, uno más de los grupos adinerados y otros intereses menores, surgen por necesidad en las naciones civilizadas y las dividen en distintas clases, a las que mueven diferentes sentimientos y puntos de vista. La ordenación de tan variados y opuestos intereses constituye la tarea primordial de la legislación moderna, pero hace intervenir al espíritu de partido y de bandería en las operaciones necesarias y ordinarias del gobierno.

En párrafos como el citado se encuentra la base de lo que luego sería la organización del legislativo: un modo imaginado –improbable, agregaría- de incorporar a toda la sociedad al gobierno. Madison, como muchos dentro de su generación, consideró que era posible alcanzar una situación de "representación plena", a partir de la certeza de que la sociedad se dividía en pocos grupos sociales, en conflicto entre sí (fundamentalmente, entre propietarios y no propietarios; acreedores y deudores), internamente homogéneos (Gargarella 1998). Si esto

era así, luego, bastaba con incorporar a algunos pocos miembros de cada grupo, dentro del sistema institucional, para alcanzar una representación completa dentro del recinto legislativo. La sociología política presumida por Madison era ya disputada en su tiempo, cuando muchos pensaban que el abanico de puntos de vista que se pretendía representar en el parlamento era demasiado estrecho. De allí que los críticos de su proyecto constitucional –los antifederalistas- hablaran de convertir al Congreso en un "espejo de la sociedad", capaz de reproducir los mismos intereses, sentimientos, opiniones y puntos de vista existentes en el seno del pueblo.[12]

Como anticipara, dicha sociología imperfecta vino acompañada de supuestos teóricos difíciles de aceptar, para nuestra actual conciencia democrática. El supuesto principal al que me refiero, propio de la vieja lógica de la "Constitución mixta", es el que decía que tenía sentido el logro de un "equilibrio social" en el que el peso de los intereses de la mayoría (expresado en los órganos políticos, y particularmente en la Cámara Baja), merecía ser contrapesado por los intereses de los sectores minoritarios, integrados fundamentalmente por la gran propiedad (y que también encontraría expresión constitucional, i.e., en el Senado, la justicia). Quiero decir, no se trataba, simplemente, de fijar controles para evitar los excesos mayoritarios (un reclamo razonable que, desde cualquier concepción de la democracia puede llegar a aceptarse), sino de otorgar poder institucional equivalente a los intereses de las mayorías (pequeños propietarios, artesanos y trabajadores de clase baja), y a los intereses de los grupos minoritarios (identificados entonces, como dijera, con grandes propietarios, comerciantes etc.).

El hecho es, en todo caso, que hoy contamos con una organización de poderes montada sobre una sociología política que era ya imperfecta en su tiempo, y una filosofía política de rasgos fuertemente no-democráticos. Pocas dudas caben al respecto: la sociedad ha desbordado al sistema institucional por todos los costados, como frente a un traje que le queda cada vez más chico, y que se muestra incapaz de contener a toda la diversidad que pretende albergar.

En todo caso, y para los propósitos de este texto, es crucial entender que el sistema de "frenos y contrapesos" fue diseñado originariamente para canalizar institucionalmente el conflicto, o contener la guerra civil. Su principal objetivo –que alcanzara con relativo éxito- fue el de canalizar una eventual guerra social, proporcionando herramientas defensivas (veto presidencial, revisión judicial,

[12] Ver "The Federal Farmer," en Storing (1981, v. 2., p. 230).

bicameralismo) a representantes de diferentes secciones de la sociedad. La idea detrás del mecanismo fue la de contener el descontento social en una situación caracterizada por la presencia de profundos conflictos sociales, y por la existencia de lo que para muchos era una frecuente 'legislación opresiva'. Este hecho, creo, explica por qué el sistema no está bien preparado para garantizar la deliberación colectiva a lo largo del tiempo. Puede hacerlo, tal vez, pero solo como resultado de la voluntad ocasional, informal y discrecional de ciertos funcionarios públicos.

Entiendo que algunos académicos creen que el sistema de controles y equilibrios fue diseñado para favorecer la deliberación democrática, o que el mismo se ha desarrollado en formas compatibles con ella. Por ejemplo, según Cass Sunstein, los "Padres Fundadores" del constitucionalismo estadounidense crearon un ambicioso sistema de "gobierno por discusión", que no recompensa la autoridad o el privilegio, sino más bien los argumentos presentados y resueltos a través de una discusión general (Sunstein 1993, n. 58, xvi). Stephen Holmes avanzó avanzado consideraciones similares en otros escritos propios (Holmes 993). Sin embargo, yo disputaría esos reclamos tanto a nivel histórico como teórico. He argumentado en contra de su base histórica en otra parte (Gargarella 2014), así que déjenme agregar algo sobre la teoría en que se apoyan. En primer lugar, y como ya lo he dicho, las herramientas institucionales ofrecidas a las diferentes ramas de gobierno por el sistema de "frenos y contrapesos" no favorecen el comienzo, sino más bien la finalización de todo diálogo (i.e, la invalidación judicial de las leyes, el juicio político, el poder de veto etc.). En segundo lugar, las complejidades del sistema (basado en agentes públicos con credenciales democráticas muy diferentes, que representan diferentes intereses, de legitimidad diferente, elegidos en diferentes momentos y mediante diferentes procesos), tornan al sistema más adecuado para la creación de un mosaico de puntos de vista (un "patchwork") que para expresar de algún modo la "voluntad democrática" de la sociedad. Como dijo Carlos Nino:

> no hay garantía alguna de que el resultado de esta mezcla incómoda de decisiones diferentes...llevados a cabo por diferentes grupos de personas en diferentes momentos, tenga alguna semejanza con el consenso de la mayoría obtenido luego de un debate libre y abierto (Nino 1991, 578).

En definitiva, muchos querríamos obtener del sistema de controles y equilibrios algo así como una deliberación democrática inclusiva, que el sistema no

está bien preparado para brindar. El sistema no impide el diálogo entre las ramas de gobierno y, ocasionalmente, puede coexistir con él, pero lo cierto es que no fue diseñado para promoverlo, sino más bien para lo contrario.

8 Poder Judicial, Derechos Naturales y Reflexión Individual

No hay rama del sistema constitucional que muestra de mejor forma las tensiones con el ideal democrático, que la rama judicial. Desde temprano, ella fue identificada con el poder establecido, y con un actuar conservador en defensa de las tradiciones, y el "antiguo orden" en materia de propiedad. De allí que esa visión de la justicia fuera puesta en cuestión, luego de la Revolución Francesa; y de allí también que el pensamiento democrático norteamericano identificara a dicho poder como la parte más incurablemente anti-republicana del sistema constitucional. Esa línea de críticas siguió, en distintas formas, hasta la actualidad, y tuvo un reverdecer muy particular a mediados del siglo XX, a partir de trabajos como el de Alexander Bickel, que identificaron a dicho poder a partir de (lo que famosamente denominó) su carácter "contra-mayoritario" (Bickel 1967).

De las numerosas cuestiones que merecerían traerse a la colación a esta altura, en relación con el Poder Judicial y su organización, mencionaría fundamentalmente dos. En primer lugar, el lugar, funciones y poderes asignados al Poder Judicial, son hijos de un modo de entender la imparcialidad (o, digámoslo así por ahora, la toma de decisiones justas). Según entiendo, hay dos grandes modos de acercarse a la cuestión. Conforme al primero, la imparcialidad tiene que ver con decisiones colectivas, informadas y deliberadas por "todos los potencialmente afectados". Esta tradición (que hoy podríamos denominar "habermasiana") aparece anclada en la rama más democrática del pensamiento político; en ideas que remiten a los jurados populares o en la noción de un control de las leyes "departamentalista", en donde todas las ramas del gobierno pueden intervenir, en igualdad de condiciones, en la interpretación constitucional (Kramer 2005). Desde este punto de vista, los jueces participan con los demás poderes en la reflexión en torno al derecho, y desde un lugar de vínculo –antes que de separación y distancia- con la ciudadanía. Jefferson presentó bien la aproximación democrática a la independencia judicial, cuando sostuvo: "que el poder judicial sea independiente del rey o del ejecutivo es una buena cosa, pero independencia de la voluntad de la nación es incomprensible, al

menos dentro de un gobierno republicano".[13]La visión alternativa sostiene, por el contrario, que la imparcialidad tiene que ver con procesos de reflexión individual (de uno o pocos), aislada, realizada por los grupos o individuos más preparados de la sociedad. Esta visión –que, contra lo sugerido por Jefferson, deriva la imparcialidad, del aislamiento judicial en relación con la ciudadanía- es la que marcó al diseño del Poder Judicial en toda América, quedando reflejado, de modo especial, en las formas de selección de los jueces; los requerimientos para ocupar la función; y las formas propias del ejercicio de la tarea. Independencia, desde entonces, es sinónimo de aislamiento social o, como sostuviera Madison en *El Federalista* n. 49, una consecuencia propia del que los jueces iban a estar "demasiado lejos de la ciudadanía, como para compartir alguna de sus disposiciones."

El otro punto que mencionaría, sobre la cuestión, se relaciona con la concepción de los derechos que se corresponde con la mirada dominante, en torno a la función judicial y la democracia. La noción de los derechos que resulta propia del constitucionalismo americano, se vincula con la tradición de los *derechos naturales* y autoevidentes, que tiene su origen en el pensamiento de John Locke. Ésa es la visión que quedó incorporada, de modo explícito, en las primeras líneas de la Declaración de la Independencia norteamericana ("We hold these truths to be self-evident, that all men are created equal, that they are endowed by their Creator with certain unalienable Rights..."); la que recorre los papeles del *Federalista,* desde sus primeras páginas; y la que quedó expresada en la Declaración de Derechos norteamericana, primero, y luego en la mayoría de las listas de derechos incorporados en el constitucionalismo de América Latina.

Ese modo de concebir a los derechos coloca a los mismos no como una creación humana, producto de la reflexión colectiva, que es el modo en que propuso pensarlos, por caso, Carlos Nino, desde la primera línea de su obra *Etica y derechos humanos* (El libro se abre diciendo "Es indudable que los derechos humano son uno de los más grandes inventos de nuestra civilización"), sino entidades "naturales", ajenas a la discusión colectiva, y cognoscibles sólo por la razón (de los más iluminados, como precisaría Alexander Hamilton en el *Federalista* n. 5). Desde esta particular concepción, de raíz elitista, los derechos son entendidos de modo separado de la democracia, como formando parte de una "esfera" propia, cuyos contenidos y contornos son accesibles por la razón científica, y que debe ser resguarda, por la justicia, de las intrusiones indebidas y amenazas que le impone

---

[13] Carta de Jefferson a Thomas Ritchie, dicembre 25, 1830, en Jefferon (1984, 1446).

la democracia. En el derecho latinoamericano, dicha cosmovisión se convirtió en dominante también; resultó reforzada por el pensamiento jurídico de posguerra (que se esmeró en asegurar un resguardo especial para los derechos, ante los agravios mayoritarios que asociaba al nazismo y fascismo); y se mantiene hoy intacta, gracias al respaldo de autoridades doctrinarias tales como Luigi Ferrajoli (en sus referencias a la "esfera de lo indecidible," ajena a la decisión democrática); Ernesto Garzón Valdés (quien sostiene una idea idéntica, a través de su noción del "coto vedado"), o los más tempranos escritos de Norberto Bobbio (quien aludiera en su momento al "territorio inviolable" de los derechos). La misma sigue ejerciendo una enorme influencia aún en los máximos niveles judiciales (como el de la Corte Inter-Americana de Derechos Humanos), y ha ayudado a generar algunas de las decisiones más polémicas de los últimos años, donde los derechos son leídos como entidades ajenas al debate colectivo; la democracia aparece más bien como una amenaza; y los jueces se auto-asumen como custodios de valores que la democracia sólo parece poner en riesgo.[14] Es difícil, para los demócratas, no ver esta evolución de nuestro derecho como un problema, o como un retroceso: el cuidado por los derechos debe ser compatible con la preservación de nuestros compromisos democráticos más básicos.

9 Anomalías latinoamericanas

En las páginas anteriores, me ocupé de algunos problemas propios del constitucionalismo contemporáneo (centrándome, de modo especial, en el constitucionalismo americano), y que muestran la persistente influencia de reglas y principios "incapacitadores".En las páginas que siguen, voy a centrarme en dos problemas en particular, muy propios –aunque, como veremos, no exclusivos- del constitucionalismo de América Latina. En la sección siguiente, y en primer lugar, voy a referirme a la cuestión del –así llamado- híper-presidencialismo. Luego, en una segunda sección, voy a ocuparme de la otra gran novedad que América Latina legó al constitucionalismo, esto es, los derechos sociales, y voy a aludir a algunos problemas relacionados con el modo en que ellos fueron incorporados a la Constitución.

---

[14] Corte IDH, *Caso Gelman vs. Uruguay.* Fondo y Reparaciones. Sentencia de 24 de febrero de 2001. Serie C. No. 221. I examined the problems related to the case in Gargarella (2017).

10 Híper-Presidencialismo, Poder Concentrado y Democracia

De todos los resabios anti-democráticos, todavía presentes en el constitucionalismo regional, seguramente ninguno es más importante que el relacionado con la organización del Poder Ejecutivo. Ya en el esquema constitucional norteamericano, dicho Poder alumbraba como un "primus inter pares," y por tanto se convertía en amenaza para la lógica del equilibrio propia del sistema de "frenos y contrapesos." Sin embargo, dicho esquema se radicalizó en América Latina, a partir de la aparición de super-presidentes, construidos a resultas de un acuerdo liberal-conservador, a mediados del siglo XIX. En dicho acuerdo, los liberales se inclinaron por favorecer un modelo de "frenos y contrapesos" más en línea con la tradición norteamericana, mientras que los conservadores propusieron, como alternativas, formas de poder concentrado, más afines a la tradición monárquica de raíz hispánica. Como producto final de ese acuerdo, una mayoría de Constituciones de la región construyeron sistemas de "frenos y contrapesos" muy peculiares, que combinaban el modelo de controles norteamericano, con los Presidentes super-poderosos que derivaban del reclamo de los conservadores. De ese modo, por lo demás, el híper-presidente aparecía, desde el primer instante, poniendo bajo amenaza, sino directamente en crisis, la estructura de controles mutuos que se procuraba establecer por otro lado: se formó así una estructura de "frenos y balances desbalanceada".

Con razón, se ha examinado al Poder Ejecutivo en las Constituciones de América Latina apelando al concepto de "híper-presidencialismo". Según Carlos Nino –quien acuñara el concepto- la idea de "híper-presidencialismo" se puede entender comparativamente, en particular cuando examinamos las facultades asignadas al (y conseguidas por el) Presidente, en las Constituciones de América Latina, vis a vis las que fueron reservadas para el cargo en la Constitución de los Estados Unidos, que le sirviera como modelo (Nino 1992, 524 y sigs.). Nino alude, entonces, a los poderes (adicionales) concedidos a los Presidentes latinoamericanos en materias como las de estado de sitio, la intervención federal en las provincias (ajenas al derecho constitucional norteamericano); o la designación y remoción discrecional de los Ministros; o las competencias legislativas (Nino alude, en particular, a la promulgación parcial de leyes, y a las amplias funciones reglamentarias reservadas al Presidente). Tales facultades se suman a los poderes especiales reservados para el Presidente a partir de desarrollos jurisprudenciales

(i.e., a favor de las facultades legislativas delegadas), y doctrinas como las de las "cuestiones políticas no judiciables".

La crítica al híper-presidencialismo dominó buena parte de los estudios constitucionales de la región, al inicio de los 80. Entonces, una mayoría de los países latinoamericanos recuperó la democracia, y muchos autores (con razón) comenzaron a señalar al sistema híper-presidencialista como co-responsable de lo que entonces aparecía como el peor de los "dramas" institucionales de la región: la inestabilidad democrática (Linz & Stepan 1978; Linz & Valenzuela 1994; Nino 1996; Nino 1997). Aquellas saludables críticas inauguraron un debate inacabado, en torno a la responsabilidad efectiva del híper-presidencialismo regional en la inestabilidad democrática dominante en la región durante todo el siglo XX. El híper-presidencialismo pasó a ser discutido por su vínculo con la *estabilidad política,* pero esa importante disputa pasó a ocluir otra discusión, seguramente más importante todavía, relacionada con la plausibilidad del híper-presidencialismo en términos normativos-democráticos. Salvo algunos relevantes estudios sobre la materia, los autores que comenzaron a trabajar sobre ella, provenientes en particular de la ciencia política, se concentraron en estudios empíricos explícitamente alejados de otros debates normativos (entre las excepciones, ver Alegre 2008).

Ante todo, convendría recordar que, no por azar, y desde el mismo momento de la independencia, las figuras públicas más vinculadas con el pensamiento radical republicano, se mostraron fundamentalmente enemigas del presidencialismo. A lo largo de décadas, los republicanos y radicales latinoamericanos exploraron las propuestas constitucionales más diversas, tendientes a resistir la concentración del poder.[15]Esto es decir, aquellos pensadores que más acento pusieron en el valor del autogobierno colectivo, identificaron inmediatamente, y desde un comienzo, que nada era más contrario a dicho ideal que

[15] Por ejemplo, una de las primeras Constituciones escritas en la región –la pionera Constitución de Venezuela de 1811- en su artículo 72 creó –contra las tendencias prevalecientes en el derecho comparado- un Poder Ejecutivo tripartito, orientado a poner algún inmediato freno a la concentración del poder impulsada por el "Libertador" Simón Bolívar. De modo similar, los primeros constituyentes peruanos discutieran la fórmula de un Ejecutivo plural, en 1823, temerosos –como sus colegas venezolanos- de la posibilidad de un gobierno concentrado. De modo todavía más extremo, en la Convención de Ríonegro, en Colombia -que concluiría sus debates con la Constitución de 1863- los representantes del llamado "Olimpo radical" propusieron mandatos presidenciales de sólo un año, claramente dirigidos a disipar los riesgos del exceso presidencial.

la concentración de poderes en el Poder Ejecutivo. Parece claro que hay una disyuntiva entre el "gobierno de todos" y el "gobierno de uno"; entre las formas de la democracia horizontal, y las formas más extremas del poder concentrado. En todo caso, resultó clara desde el comienzo de la vida constitucional en la región, la existencia una tensión entre la defensa doctrinal del ideal del autogobierno colectivo, y el sostén constitucional de cláusulas orientadas en dirección contraria, como las relativas a la conformación de un Poder Ejecutivo fuerte.[16]

Algunos autores podrían decir que la concentración del poder en el Poder Ejecutivo constituye, en verdad, una estrategia reforzadora de la democracia, dada la relación más directa que existe entre el Ejecutivo y la ciudadanía, y la capacidad de esta última para controlar al primero (Posner & Vermeule 2010). Este análisis, sin embargo, parece gravemente defectuoso. Por un lado, el mismo sobre-estima las capacidades controladores de la ciudadanía cuando enfatiza la capacidad ("retrospectiva") del voto, para sancionar los eventuales excesos ejecutivos. Y es que, primero, los "mensajes" que puede querer dar la ciudadanía, a través del voto, son múltiples, aumentan o se modifican con el paso del tiempo, y muy habitualmente se traducen en pretensiones razonables, pero en tensión entre sí. El voto torna muy difícil la posibilidad de que ofrezcamos respuestas más refinadas; que establezcamos matices; o que nos involucremos en una conversación de algún tipo interesante con las principales autoridades políticas: estamos obligados a decir "sí" o "no" a paquetes completos y cerrados de medidas.

Por otro lado, así como los defensores del Ejecutivo fuerte sobre-estiman las capacidades ciudadanas para controlar al gobierno, ellos también subestiman u ocultan las capacidades del Presidente para eludir los controles que se le impongan y para socavar la autoridad de quienes pretendan limitarlo -ello así, particularmente, en sociedades ya institucionalmente marcadas por la fuerza desnivelada del Ejecutivo, y aún más, en sociedades desiguales como las nuestras. Piénsese, al respecto, en los habituales avances del Poder Ejecutivo sobre la justicia (en el nombramiento, remoción y desplazamiento de jueces; en las presiones sobre sus fallos); en el opacamiento y en el obstruccionismo aplicado sobre el Congreso, cuando es opositor; en el desarrollo de la doctrina de las "cues-

[16] Lo dicho en torno al híper-presidencialismo debe considerarse válido, también, para nuestras referencias críticas sobre el centralismo. Ocurre que la concentración del poder y la centralización del territorio formaron parte del mismo paquete de propuestas avanzadas por el conservadurismo latinoamericano, al menos, durante todo el siglo xix. La desconfianza democrática y el elitismo política fundaban, al mismo tiempo, ambas propuestas.

tiones políticas;" en los efectos de la intervención federal; en la práctica y teoría de la delegación de facultades legislativas; en los decretos de necesidad y urgencia etc. (Nino 1996). Es esa misma dinámica la que amenaza con tornar inocuas o estrictamente acotadas, a las reformas que no se dirijan directa y primariamente a atacar los poderes extraordinarios delegados y asumidos, en los hechos, por aquel (ello así, ya sea que se trate de cambios en la organización del poder o, tal vez más claramente, de modificaciones en la distribución constitucional de derechos y libertades). De allí, también, la imperiosa necesidad de abordar cambios amplios sobre el núcleo duro de la parte orgánica de la Constitución (así, por ejemplo, en Nino 1992b); poner fin a las "presidencias imperiales" (Ackerman 2010); en lugar de simplemente "aceptar" las prácticas existentes, "reconciliarnos" con la estructura institucional dominante y "hacer las paces" con ella (Posner & Vermeule 2010, 209).

11 Constituciones Disociadas: el problema de la "sala de máquinas de la constitución"

Quiero dedicar esta última sección a reflexionar sobre el problema de las Constituciones "disociadas", que se convirtió en común, dentro del constitucionalismo latinoamericano, desde comienzos del siglo XX. En ese entonces, apareció la famosa Constitución Mexicana de 1917, que fue la primera en el mundo en incluir una larga lista de derechos económicos, sociales y culturales en su texto, y por sobre la tradicional lista de derechos liberales clásicos. La mayoría de las Constituciones de América Latina siguieron ese ejemplo, sobre todo desde mediados del siglo XX, y lo expandieron aún más, recientemente, con el agregado de referencias explícitas a los derechos humanos y multiculturales. El problema al que quiero referirme no tiene tanto que ver con la "obsesión" por los derechos constitucionales que los latinoamericanos mostraron, desde entonces, sino con la "disociación" que se produjo entonces entre las dos partes de la Constitución: la referida a las Declaraciones de Derechos, y la relativa a la organización del poder. El problema es que las notables reformas "progresivas" incorporadas en las nuevas Constituciones, a través de largas listas de derechos, no se acompañaron por reformas acordes en la organización del poder, que siguió reflejando valores y supuestos propios de fines del siglo XVIII.

Asumiendo, por lo demás, que nos interesa que las Constituciones (latinoamericanas) sigan albergando una lista de derechos amplia –y existen buenas razones para

ello (Gargarella 2013)- llamaría la atención sobre los muchos problemas generados por el modo imperfecto en que esos derechos fueron incorporados a la Constitución. Aquí me interesará subrayar sobre todo un problema en ese sentido. El mismo tiene que ver con las tensiones que quedaron abiertas entre la estructura de los derechos, y la "parte orgánica" de las nuevas Constituciones.

En varios trabajos me he ocupado de este problema, al que llamé el *problema de la "sala de* máquinas" (*engine room*) de las nuevas Constituciones, y que consiste en la preservación –básicamente intocada- de las viejas estructuras de poder, montadas a mediados del siglo XIX. Frente a tal modelo de organización del poder –y como expresión evolutiva del proceso de la "acumulación" en curso- se fue desarrollando el "constitucionalismo social" latinoamericano, que resultó fundamentalmente encapsulado en el área de las declaraciones de derechos. Pasamos, de ese modo, a contar con Constituciones con "dos almas": un "alma" vinculada el liberalismo-conservador del siglo XIX, y reflejada en la organización del poder; y la otra, aspiracional y de vanguardia, más en línea con las expectativas democrático-participativas del siglo XXI, y reflejada en la organización de los derechos.

El problema mayor, según dijera deriva del hecho de que una y otra sección de la Constitución no son indiferentes entre sí: una parte puede entrar en conflicto con la otra, socavándola o bloqueando su desarrollo (Gargarella 2013). De modo más serio aún: la tendencia es que la vida constitucional resulte en buena medida definida por el modo en que se organiza el poder, en términos institucionales. Y si la organización del poder –como ocurre en todas las Constituciones latinoamericanas- sigue estando marcada por criterios propios del siglo XIX (elitismo, carácter contra-mayoritario, desconfianza democrática, hostilidad a la participación popular etc.), luego, no es dable esperar un florecimiento significativo en materia de derechos. Así, los "nuevos" derechos -sociales, democráticos, participativos, de avanzada, propios del siglo XXI- de las "nuevas" Constituciones regionales, tienden a ser frenados por las "viejas" estructuras, alineadas conforme a criterios, más bien elitistas, propios del consenso liberal-conservador del siglo XIX.

Tales desafortunados resultados aparecen como omnipresentes en la región: sabemos de situaciones en donde las estructuras vinculadas con el "viejo" Poder Judicial, quedaban encargadas de la interpretación de los más revolucionarios "nuevos" derechos; o en donde el "viejo" poder concentrado en el Presidente quedaba con la capacidad de bloquear, vetar, socavar o circunvalar a través de alguno de los tantos medios, formales e informales, legales y para-legales, de los

que dispone, "nuevos derechos", como los participativos, tal como ocurriera en las recientes experiencias de Ecuador, Venezuela o Bolivia (Gargarella 2013). Para pensar en casos concretos: la vieja estructura judicial (elitista y dependiente de la política), ha tendido a socavar el valor de "novísimos" derechos, como el del "buen vivir", en Ecuador; de igual modo en que el Presidente de Venezuela ha podido bloquear la implementación del derecho de revocatoria incorporado por la nueva Constitución (BBC, 2016); así como el "viejo" poder concentrado, en Bolivia,ha socavado a "nuevos" derechos participativos, como el vinculado con la elección popular de los magistrados (Pasara, 2017).

De ese modo, los "progresivos", sociales, avanzados derechos, orgullosamente incorporados al constitucionalismo latinoamericano exigen que los principios y compromisos que ellos expresan, en términos de participación democrática y justicia social, encuentren respaldo –y no frenos- en todo el resto de la Constitución: la organización del poder debe ajustarse de modo acorde a los nuevos criterios, si es que se quiere tomar en serio a los mismos, y no simplemente expresarlos de modo demagógico o declamativo. Si esos cambios en la estructura de organización del poder no avanzan, entonces, corresponderá sospechar sobre la voluntad efectiva de tornar efectivos los nuevos derechos. Finalmente, querría subrayar que –desde la perspectiva aquí defendida- "ingresar en la sala de máquinas" no implica, simplemente, operar cambios en el área de la organización del poder – algún cambio, de cualquier tipo. La metáfora pretende expresar otra motivación, más precisa, cual es la de re-estructurar la organización del poder para modificar el sesgo que hoy la define, y que tiene que ver con lo que aquí llamé un criterio de "desconfianza democrática" – desconfianza en las capacidades políticas de la ciudadanía".

12 Conclusiones

En este trabajo me ocupé de la "disonancia democrática" que afecta al constitucionalismo -americano en particular. Dicho constitucionalismo nació, a finales del siglo XVIII, naturalmente apoyado en supuestos hostiles a la democracia, que eran propios de la clase dirigente de la época. Conforme sostuve, dichos supuestos fueron trasladados, inmediatamente, al esquema constitucional, y quedaron marcando muchos de sus aspectos principales: los modos en que concebir la representación; las formas de organizar y entender los controles al poder; la idea de los derechos etc.

Lo dicho hasta aquí no ha pretendido negar, por otra parte, la potencia "capacitadora" de la Constitución; o que determinadas reglas "restrinjan las opciones abiertas y permitan a individuos y comunidades alcanzar más de sus fines, que los que podrían alcanzar si estuvieran completamente libres de limitaciones" (Holmes 1998, 236); ni menos que ciertas limitaciones "organicen nuevas prácticas y generen nuevas posibilidades que de otro modo no existirían" (ibid., 237). Podemos estar de acuerdo, también, en que los muertos "no deben gobernar a los vivos, pero sí pueden facilitar el que los vivos se gobiernen a sí mismos" (ibid., 240). Más todavía, debemos aceptar que muchas cláusulas constitucionales pueden generar, en la actualidad, consecuencias que eran impensadas en su origen; otras pudieron "transformarse" en direcciones imprevistas, con el paso del tiempo; y otras más – tal vez creadas, en sus orígenes, por razones que hoy repudiaríamos, tuvieron la suficiente flexibilidad para "adaptarse" a las nuevas demandas ("democráticas") de la época.

Sin embargo, y frente a todo lo anterior, me ha interesado mostrar que el reconocimiento de aquellos cambios, tanto como el de la potencia "capacitadora" de las limitaciones constitucionales, no debe llevarnos a tomar a la posición contraria, como punto de reposo. El hecho es, simplemente, que la Constitución –cualquier Constitución- puede seguir, y sin dudas sigue contando, con diversas "limitaciones que limitan" a la democracia, no siempre de un modo justificado. Me ha interesado subrayar la importancia de este riego, y también dar cuenta del mismo a través de ejemplos que –al menos así me lo he propuesto- permitieron volver a mirar con una mirada más fresca, viejos problemas constitucionales. Del mismo modo, me ha interesado decir que la permanencia de ciertas e injustificadas limitaciones constitucionales, resulta particularmente preocupante, en la actualidad. Ello, en razón de que las mismas se manifiestan en momentos en que la ciudadanía, más o menos activamente, se muestra comprometida con intensas demandas democráticas

Hoy, luego de más de doscientos años de vida constitucional, podemos decir que vivimos dentro de un contexto de ideas radicalmente opuesto al que primaba en aquel "período fundacional". Lo que parece primar es (lo que denominé) "el hecho de la democracia," esto es, el compartido supuesto conforme al cual tenemos el derecho de participar activamente en la decisión de todos los asuntos públicos que nos importan.Sin embargo, me interesó señalar, nuestras Constituciones no parecen haber registrado ese cambio de paradigma. A pesar de las muchas modificaciones a que han sido sujetas (sobre todo, en relación

con las declaraciones de derechos), tales Constituciones han mantenido básicamente intocada la vieja organización del poder (su "sala de máquinas"), y así, por tanto, los rasgos anti-democráticos de su estructura: resaltan, por su número e importancia, los principios y reglas "incapacitadoras" remanentes. A resultas de ello –me interesó sugerir- hoy se registra la llamada "disonancia democrática", que nos habla de las rupturas existentes entre la ciudadanía y la organización constitucional vigente.

Referencias

Ackerman, B. *The Decline and Fall of the American Republic.* Harvard: Harvard University Press, 2010.

Alberdi, J. B. *Obras Selectas.* Buenos Aires: La Facultad, 1920.

______. *Bases y puntos de partida para la organización política de la República Argentina*, Plus Ultra: Buenos Aires, 1981.

Alegre, Marcelo. Democracia sin presidentes. In: Gargarella, Roberto (coord.) *Teoría y crítica del derecho constitucional.* Tomo I: Democracia. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 2008. p. 43-71.

Balkin, J. Populism and Progressivism as Constitutional Categories, Faculty Scholarship Series. v.268, 1995. Disponível em: http://digitalcommons.law.yale. edu/fss_ papers/268

Basadre, J. *Historia de la República del Perú.* Lima: Cultura Antártica, 1949.

BBC, 2016. "Venezuela's Maduro recall referendum drive suspended". *BBC*, Londres, 21 octubre 2016. Disponible en: http://www.bbc.com/news/world-latin-america-37724322. Consultado en: 20 septiembre 2017.

Bickel, A. *The Least Dangerous Branch.* New Haven: Yale University Press, 1967.

Bilbao, F. *Obras completas.* Buenos Aires: Imprenta de Buenos Aires, 1886.

Botana, N. La transformación del credo constitucional. *Estudios Sociales*, Univ. Nacional del Litoral, 1996. p. 23-48.

Dahl, R. *A Preface to Democratic Theory.* Chicago: The University of Chicago Press, 1956.

______. *How democratic is the American Constitution?* Conn.: Yale University Press, 2003.

Echeverría, E. *Dogma socialista de la Asociación de Mayo, precedido de una ojeada retrospectiva sobre el movimiento intelectual en el Plata desde el año 37.* Buenos Aires: Librería La Facultad, 1915.

Egaña, J. Juan Egaña. *Antología.* Santiago de Chile: Andrés Bello, 1969.

Elster, J. *Ulysses and the Sirens.* Cambridge: Cambridge University press, 1979.

______. *Ulysses Unbound.* Cambridge: Cambridge University Press, 2000.

______ e Slagstad (eds.). *Constitutionalism and Democracy.* Cambridge: Cambridge University press, 1998.

Farrand, M. *The Records of the Federal Convention of 1787*. New Haven, Conn., Yale University Press, 1937.

Gargarella, R. Fill Representation, Deliberation, and Impartiality. In: ELSTER, J. (ed.). *Deliberative Democracy.* Cambridge: Cambridge University Press, 1998.

______. *The Legal Foundations of Inequality.* Cambridge: Cambridge University Press, 2010.

______. *Latin American Constitutionalism*, 1810-2010. Oxford: Oxford University Press, 2013.

______. We the People' Outside of the Constitution: The Dialogic Model of Constitutionalism and the System of Checks and Balances. *Current Legal Problems*, v. 67, Issue 1, 1 Jan. 1–47, 2014.

______. Democracy and Rights in Gelman v. Uruguay. *AJIL Unbound*, v. 109, p.115-119, 2015.

______. Constitution-Making in the Context of Plural Societies. The "Accumulation Strategy. In: Elster, J. et al. *Constitutional Assemblies.* Cambridge: Cambridge University Press, 2018.

González Vigil, F. *Importancia de las Asociaciones.* Lima: Importancia de la Eduación Popular, 1948.

Halperín Donghi, T. *Historia Contemporánea de América Latina.* Alianza: Buenos Aires, 2007.

Holmes, S. *The Anatomy of Antiliberalism.* Cambridge: Harvard University Press, 1993.

______. Precommitment and the Paradox of Democracy. In: Elster, J.; Slagstad, R. (eds.). *Constitutionalism and Democracy.* Cambridge: Cambridge University press, 1993.

Jaksic, I. Preface. In: Bello, Andrés. *Elected Writings.* Oxford: Oxford University Press, 1997.

Jefferson, T. *Writings*. New York: Literary Classics, 1984.

Jordán de Albarracín, B. *Documentos para la historia del derecho constitucional boliviano*. Lima: La Paz, 1978.

Kramer, L. *The People Themselves. Popular Constitutionalism and Judicial Review*. Oxford: Oxford U.P, 2005.

Lastarria, J.V. *Estudios políticos y constitucionales.* Santiago de Chile: Imprenta, Litografía y Encuadernación Barcelona, v. 1-2, 1906.

Latinobarometro, 2017. "Informe Latinobarómetro 2017". Latinobarometro, Santiago, 30 ene 2018. Disponible en: http://www.latinobarometro.org/latNewsShow.jsp

Lerner, H. *Making Constitutions in Deeply Divided Societies.* Cambridge: Cambridge University Press, 2013.

Levinson, S. *Our Undemocratic Constitution.* Oxford: Oxford University Press, 2008.

Linz, I. *Historia do Positivismo no Brasil.* São Paulo: Companhia Editora Nacional, 1967.

linz, J.; Stepan, A. *The Breakdown of Democratic Regimes.* Baltimore: The John Hopkins University Press, 1978.

Linz, J.; Valenzuela, A. *The Failure of PresidentialDemocracy.* Baltimore: The John Hopkins University Press, 1994.

Madison, J. et al. *The Federalist Papers*. New York: Bantam Books, 1998.

Molina, G. *Las ideas socialistas en Colombia.* Bogotá: Ediciones Tercer Mundo, 1987.

Montalvo, J. *Selections from Juan Montalvo.* Temple: Center for Latin American Studies: Arizona State University, 1984.

Nino, C. [1991], *Etica y derechos humanos.* Buenos Aires: Astrea. [*The Ethics of Human Rights,* Oxford: Oxford U.P.], 1985.

______. *Fundamentos de derecho constitucional*. Buenos Aires: Astrea, 1992.

______. Hyperpresidentialism and Constitutional Reform in Argentina. In Liphart, A. Waisman, C. (eds.). *Institutional Design in New Democracies.* New York: Westview Press, 1996.

______. *The Constitution of Deliberative Democracy*. New Haven: Yale University Press, 1997.

Palti, E. *El tiempo de la política. El siglo xix reconsiderado*. Buenos Aires: Siglo XXI, 2007.

Pasara, Luis, 2017. "Judicial Elections in Bolivia: a second attempt". Justícia en las Americas: Blog de La Fundación para el debido proceso, julio 20, 2017. Disponible en: https://dplfblog.com/2017/07/20/judicial-elections-in-bolivia-a-second-attempt. Consultado en: Septiembre 20, 2017.

Paz Soldán, J. *Derecho constitucional peruano.* Lima: Ediciones Librería Studium, 1973.

Pereira, G. Participación y grupos desaventajados. In: Gargarella, R. *La Constitución 2020.* Buenos Aires: Siglo XXI, 2010.

Petit Muñoz, E. *Artigas y su ideario a través de seis series documentales*. Montevideo: Universidad de la República Oriental del Uruguay, 1956.

Posner, E.; Vermeule, A. *The Executive Unbound. After the Madisonian Republic*. Oxford: Oxford University Press, 2010.

Rawls, J. *Political Liberalism.* New York: Columbia University Press, 1991.

Restrepo Piedrahita, C. *Documentos para la historia del constitucionalismo colombiano*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 6 vols, 1997-2005.

Sábato, H. Pueblo y política. *La construcción de la Argentina moderna*. Buenos Aires: Capital Intelectual, 2010.

______. Lettieri, A. *La vida política en la Argentina del siglo XIX. Armas, votos y voces*. Buenos Aires: Fondo de Cultura Económica, 2003.

Salazar, D. *My Power in the Constitution: The Perversion of the Rule of Law in Ecuador*, SELA, Yale University, 2015. Disponível em: https://www.law. yale.edu/sites/ default/files/documents/pdf/SELA15_Salazar_CV_Eng.pdf

Storing, H. *What the anti-Federalists were for*. Chicago: The University of Chicago Press, 1981.

Unstein, C. *The Partial Constitution.* Cambridge: Harvard University Press, 1993.

Unger, R. *What Should Legal Analysis Become?* Londres: Verso Press, 1996.

Valencia Villa, A. *El pensamiento constitucional de Miguel Antonio Caro.* Bogotá: Instituto Caro y Cuervo, 1992.

Vile, M. *Constitutionalism and the Separation of Powers.* Oxford: Clarendon Press, 1967.

Waldron, J. *Law and Disagreement.* Oxford: Oxford University Press, 1999.

White, M. *Philosophy, The Federalist, and the Constitution*. Oxford: Oxford University Press, 1987.

– 2 –
Acessando os tribunais: defensorias públicas subnacionais no México

Azul A. Aguiar-Aguilar

1 Introdução

A representação legal efetiva é crucial para um julgamento justo. Em muitos países, a Defensoria Pública (DP) é responsável por garantir esse direito humano e oferece acesso aos tribunais para aqueles acusados de cometer um crime. Os serviços da DP em matéria penal são demandados pelo setor mais vulnerável da sociedade, e essa instituição representa o canal de acesso à justiça, especialmente para a população mais pobre, embora sua atuação não se restrinja exclusivamente a esse público.

No México, por exemplo – mas também em países desenvolvidos, como os Estados Unidos –, cerca de 80 a 90% das pessoas que enfrentam acusações criminais acessam os serviços de defensores públicos (Velázquez apud Cruz Razo, 2012, p. 21; Goodman, 2013; Pfaff, 2016), o que é crítico para as defensorias, particularmente quando não têm financiamento suficiente e atuam com falta de pessoal, como ocorre com frequência.

Com a transição para a democracia, os países latino-americanos iniciaram reformas judiciais para criar ou redesenhar as instituições do setor de justiça e implementar o estado de direito na região. As reformas na América Latina mudaram o sistema jurídico de inquisitório para acusatório. Além disso, foram introduzidas reformas administrativas relacionadas particularmente ao perfil profissional e aos procedimentos de seleção dos agentes judiciais com o objetivo de melhorar a gestão interna das instituições de justiça.

Essas reformas afetaram o desempenho dos tribunais, do Ministério Público, da polícia e também da DP, na expectativa de que houvesse melhora

no acesso e nos serviços de justiça. No caso dos defensores públicos, essas reformas visavam a reforçar a oferta de uma representação legal efetiva. Assim, até que ponto os defensores públicos estão fazendo seu trabalho melhor do que antes da introdução dessas reformas? Até que ponto essas reformas estão fazendo alguma diferença na prestação de assessoria jurídica eficaz aos réus?

A representação legal efetiva é um conceito complexo que inclui vários direitos que devem ser oferecidos e defendidos em cada estágio do processo de justiça criminal. Entre esses direitos estão a presunção de inocência, a não autoincriminação, ou o direito à liberdade durante o processo judicial, na busca de garantir que pessoas inocentes não sejam submetidas à prisão.

Pesquisas demonstraram que a representação legal efetiva varia em virtude, por exemplo: do desenho institucional (Mori-Madeira, 2014), do fato de o defensor ser um litigante frequente (*repeat player*) (Galanter, 1974; Kritzer e Silbey, 2003), da existência de um orçamento robusto para a DP, dos serviços forenses, da gestão interna, da designação de casos, do treinamento regular para defensores, do número de casos ou da posição e do relacionamento do defensor em confronto com outros atores do setor de justiça, como os promotores públicos e juízes.

Neste capítulo, ofereço uma explicação institucional para examinar a prestação de assessoria jurídica efetiva. Em um contexto em que importantes reformas judiciais e legais têm sido introduzidas, sustento que a representação legal efetiva varia na medida em que os defensores: a) trabalham e aprendem as regras aplicadas a um modelo criminal acusatório; e b) têm um serviço profissional de carreira. A hipótese colocada aqui é a de que os defensores públicos apresentam um melhor desempenho no trabalho quando essas duas condições são atendidas.

O caso do México, considerando suas divisões subnacionais, representa uma oportunidade para testar essa suposição, já que a introdução e a implementação de reformas institucionais no sistema jurídico e do serviço profissional de carreira nas DPs varia entre os estados. Neste estudo, faço uma análise tanto *de jure* como *de facto* para mostrar até que ponto as mudanças ocorridas na transição de um sistema inquisitorial para um acusatório, e de um sistema clientelista para um sistema profissional com perspectiva de carreira, influenciaram a oferta de assessoria jurídica nas DPs.

As disposições legais são importantes para aprimorar a natureza acusatória do sistema e a profissionalização dos defensores públicos, mas é crucial que funcionem na prática, ou seja, pouco se ganha com leis sofisticadas, mas mal aplicadas. Assim, os indicadores *de jure* foram obtidos a partir da análise de tex-

tos legais (constituições e leis secundárias), enquanto a avaliação de como esses indicadores funcionam foi realizada por entrevistas com defensores públicos e pela análise de relatórios e documentos acadêmicos.

A expectativa refletida na hipótese é de que vamos encontrar mais e melhor assessoria jurídica quando os defensores públicos contarem com serviço profissional de carreira *de facto* e quando seu trabalho desenvolver-se em um sistema legal acusatório. Utilizo uma abordagem qualitativa comparativa: coletei entrevistas com advogados de defesa penal e fiz uma revisão de textos e relatórios jurídicos em três estados mexicanos: Baja California Sur, Jalisco e Nuevo León. Os resultados obtidos nesses estados sugerem que, quanto mais avançada for a implementação de um modelo acusatório e do sistema profissional de carreira de defensor público, mais os defensores serão capazes de oferecer uma representação legal efetiva.

Este capítulo está organizado em cinco partes, além da introdução. As seções 2 e 3 apresentam uma discussão sobre representação legal efetiva e a abordagem institucional em que o trabalho está enquadrado. Ao longo das duas sessões, trato dos conceitos de sistema acusatório e de sistema de carreira profissional. A Seção 4 apresenta a metodologia e a seleção dos casos. Com base nas evidências observadas em DPs subnacionais mexicanas, a seção 5 é dividida em três subseções: a) operação do sistema criminal acusatório; b) sistema de carreira profissional; e c) defesa legal efetiva. Na seção final, exponho as conclusões do estudo, apontando algumas de suas implicações para pesquisas futuras.

2 Defesa legal efetiva

De acordo com a Convenção Americana de Direitos Humanos, a Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia, a Carta Africana dos Direitos Humanos e dos Povos e a decisão histórica da Suprema Corte dos Estados Unidos no caso *Gideon v. Wainwright*, o direito a uma representação legal efetiva é formalmente garantido, principalmente nos casos de indivíduos de baixa renda acusados de crimes. Para garantir o direito a um julgamento justo, países e sociedades desenvolveram diferentes modelos para acessar a justiça, como, por exemplo, as Defensorias Públicas (DPs), os advogados designados pelo tribunal, os advogados particulares contratados pelo governo (sistema de serviços contratados), as clínicas nas faculdades de Direito ou os centros *pro bono* (assistência jurídica voluntária).

Como mencionado antes, a defesa legal efetiva é um conceito complexo. A literatura nos Estados Unidos aponta para duas abordagens no estudo da representação legal efetiva: uma orientada pelos insumos e outra pelos resultados. A orientação voltada aos insumos assume que a defesa legal efetiva pode ser observada na medida em que os advogados de defesa estão "reunindo-se com clientes, entrando em contato com testemunhas, realizando pesquisas e revisando cuidadosamente os relatórios de investigação pré-sentença" (Hanson et al., 1992, p. 51).

Já a orientação aos resultados, que é mais comum na literatura, aponta a decisão em relação ao caso como um indicador da efetividade do defensor público (Champion, 1989; Feeney e Jackson 1990; Hoffman et al., 2005; Hartley et al., 2010).

Comparando os resultados alcançados pelos defensores públicos aos dos advogados de defesa privados em casos criminais, os estudos de orientação a resultados observam a efetividade da assessoria jurídica, como mencionado a partir das decisões proferidas em cada caso: condenação ou não condenação, sentenças sem custódia, taxa de liberdade condicional, duração do encarceramento, pena capital, tempo determinado para cumprimento de pena na prisão, entre outros (Wheeler e Wheeler, 1980; Hanson et al., 1992; Spohn e Holleran, 2000; Anderson e Heaton, 2012).

Com o objetivo de melhor identificar a prestação de assessoria jurídica efetiva, Hartley et al. (2010, p. 1.065) observam o desempenho dos defensores públicos a partir de sua atuação em diferentes estágios do processo de justiça criminal: decisão da fiança, acordo entre acusação e defesa (*plea bargain*) e dois aspectos relacionados às decisões de sentença: o aprisionamento e a taxa de encarceramento.

Para avaliar empiricamente o conceito de representação legal efetiva, pode-se examinar também a perspectiva dos defensores (abordagem orientada pelos insumos), ou seja, o que os defensores públicos acreditam ser uma defesa adequada e efetiva. Em minhas entrevistas com defensores públicos, os participantes identificaram a necessidade das seguintes condições: a) ter acesso gratuito a serviços forenses; b) formação em Direito, com pós-graduação; c) ter experiência nos tipos de caso para os quais são designados; e d) estar em constante formação (Entrevistas BCS, JAL e NL, 2015).

O número de casos por defensor, no entanto, é decisivo para que se ofereça uma representação legal eficaz. Ao lidar com muitos casos, os defensores públicos não dispõem de tempo para revisar documentos ou entrevistar clientes, conduzir investigações, preparar testemunhas, realizar depoimentos ou se fazer presente

em audiências prévias, julgamentos, ou audiências de sentença para defender seus clientes de forma apropriada (Entrevistas BCS, JAL e NL, 2015).

Para analisar a representação legal efetiva, o presente estudo foca em indicadores de ambas as abordagens: a orientada pelos insumos ou dados e a orientada pelos resultados. Esses indicadores são: o número de casos por defensor, acesso a serviços forenses e, finalmente, o resultado referente à prisão preventiva, que é uma das etapas do processo de justiça criminal. Esse último indicador ajuda a compreender como os defensores realizam seu trabalho. Assim, pode-se assumir que uma das consequências da representação legal inadequada é a prisão preventiva do réu, especialmente no caso de crimes de menor gravidade.

De fato, existem crimes para os quais a prisão preventiva é obrigatória. No entanto, no estado de direito, devem existir resoluções punitivas para crimes não graves que evitem a prisão preventiva. Os defensores públicos desempenham um papel crucial para tornar isso possível, ao atuarem para impedir que seus defendidos sejam presos antes de uma sentença final por parte do juiz.

Em consonância com outros autores, minha presunção sobre o defensor é a de que ele seja "uma influência importante na defesa da liberdade do acusado" (Hartley et al., 2010, p. 1.065) ou na liberdade condicional pré-julgamento, ou seja, liberdade sob supervisão. Assim, a taxa de prisão preventiva pode retratar até que ponto um defensor público está fazendo um bom trabalho.

Nesse estudo, portanto, a expectativa é que se encontre acesso a serviços forenses, número adequado de casos por defensor e baixas taxas de prisão preventiva, em que os defensores públicos tenham um serviço profissional de carreira *de jure* e *de facto* e tenham aprendido as regras do modelo jurídico acusatório. A seguir, apresento uma discussão desses conceitos.

3 Procedimento criminal e serviço profissional de carreira na defensoria pública

Qual o fator que permite que atores no campo da justiça fortaleçam-se e defendam direitos? Estudiosos de Direito e Ciência Política têm oferecido diversas alternativas, que vão das razões estratégicas desses atores (Epstein et al., 2001; Helmke, 2005; Staton, 2010), ideologia (Segal e Spaeth, 2002; Basabe, 2012), suas ideias, crenças e compromissos de fato convincentes (Hilbink, 2009; Nunes, 2010; Ingram, 2012) até fatores institucionais (Helmke e Ríos-Figueroa, 2011;

Couso e Hilbink, 2011). Outros autores apontam que a existência de múltiplos fatores motiva os atores judiciais a fortalecerem-se e a continuarem defendendo os direitos dos cidadãos (Shapiro, 1981; Kapiszewski, 2011).

Para estudar a defesa de direitos no âmbito judicial, apresento aqui uma abordagem institucional. De acordo com North (1990, p. 3), as instituições moldam as interações humanas. Elas enquadram o comportamento individual, estabelecem limites e influenciam as ações de seus membros. A escolha por explicações institucionais se dá em virtude do tipo de cultura jurídica e do comportamento predominantemente formalista dos atores judiciais na América Latina.

Em outras palavras, a expectativa neste estudo é a de que os atores, trabalhando em instituições do setor de justiça, acomodem seu comportamento, mesmo que de forma superficial, às regras introduzidas pelas reformas institucionais, em vez de reivindicar direitos à revelia, simplesmente por acreditar ou valorizar profundamente, por exemplo, a legislação internacional de direitos humanos. Ou seja, atores judiciais tradicionais e formalistas precisariam primeiramente da regra, para então poderem agir.

No entanto, a acomodação do comportamento não ocorre instantaneamente e sem resistência; leva tempo até que a regra seja socializada, mas, principalmente, até que novos atores entrem na instituição, já sob as regras criadas. É nesse momento que as instituições moldam mais evidentemente o comportamento, como no caso, por exemplo, dos juízes de instâncias inferiores recentemente contratados no Chile (Couso e Hilbink 2011).

A abordagem institucional que apresento aqui se concentra em dois fatores. O primeiro diz respeito à introdução de um modelo criminal acusatório, enquanto o segundo considera a profissionalização dos defensores públicos. Examino as "regras do jogo" e como os atores realmente "jogam" ou interagem com essas regras. Não quero dizer que as instituições e projetos institucionais são a cura para todos os nossos males, mas apenas que eles têm um papel significante em moldar a forma como os indivíduos se comportam, ou seja, supor "[...] que instituições não importam é, sem dúvida, tão ingênuo quanto a proposição de Hamilton de que regras formais são inteiramente suficientes" (Helmke e Ríos-Figueroa, 2011, p. 19).

4 O processo criminal

Nos países ocidentais, surgiram dois tipos diferentes de processo criminal: o sistema inquisitorial, característico dos países da Europa continental; e a tradição acusatória, observada nos países anglo-americanos. A administração da justiça na tradição observada na Europa continental nasceu inquisitorial "nas câmaras secretas do processo romano-canônico, exemplificado pela Inquisição" (Mattei e Luca, 2008, p. 276), portanto, na forma de processos conduzidos e concentrados nas mãos de um juiz.

Em um sistema inquisitorial, o processo legal ocorre entre um "indivíduo (o acusado) e o Estado" (Merryman, 1985, p. 127): é um processo dual de resolução de conflito, com a participação do juiz e do acusado (Guarnieri, 1984, p. 127). Já a tradição anglo-americana é tipicamente acusatória, na "forma de uma contestação ou disputa: ela se desdobra como um envolvimento de dois adversários diante de um tomador de decisão relativamente passivo (o juiz), cujo principal dever é chegar a um veredicto" (Damaška, 1986, p. 3). É um modelo triádico de resolução de conflito, com a participação do juiz, do requerente e do acusado (Guarnieri, 1984, p. 127).

Hoje em dia, na prática, não existem diferenças tão marcantes. Por isso, é prudente designar os sistemas jurídicos como predominantemente acusatório ou inquisitorial, considerando a separação completa entre esses dois sistemas como uma referência histórica (Weigend, 2002). No caso dos sistemas criminais nas democracias latino-americanas, por exemplo, observa-se que houve, na última onda de democratização, uma mudança substancial de modelos inquisitoriais para modelos predominantemente acusatórios ou híbridos.

A introdução do modelo acusatório afetou o desempenho não apenas do judiciário, mas também de outras instituições, como a polícia, a Defensoria Pública (DP) e o Ministério Público (MP). Em relação à DP, o sistema acusatório implicou a introdução de regras e princípios, incluindo contestações orais, justiça alternativa, publicidade, imediatismo, concentração e contradição de processos e igualdade entre as partes (Carbonell, 2010).

Vários estudiosos latino-americanos mostram que esse tipo de sistema oferece ao demandante e ao réu mais ferramentas para acessar um processo judicial mais rápido e transparente do que o oferecido pelo sistema inquisitorial (Tiede, 2012; Zepeda, 2014). Ao analisar a DP, observa-se até que ponto a introdução de um modelo criminal acusatório promove a oferta de uma representação legal efetiva.

A expectativa é de que, em um sistema predominantemente acusatório, os defensores públicos tenham condições institucionais mais adequadas para a defesa de direitos e que possam prover assessoria jurídica efetiva. Não estou advogando aqui que um modelo acusatório seja bom por si só ou que as DPs somente resolveriam seus problemas caso se adote esse sistema legal, mas que, em determinadas condições e contextos (ou seja, instituições profissionalizadas ou bem financiadas), os atributos dos sistemas jurídicos acusatórios são mais apropriados do que os dos sistemas inquisitoriais para que se ofereça uma defesa efetiva.

5 Profissionalização e sistema de carreira baseado no mérito

O perfil profissional dos atores judiciais tem um papel fundamental para a justiça. Ninguém se opõe ao argumento de que os indivíduos mais qualificados devam ocupar os devidos cargos, sejam eles no tribunal, no Ministério Público, na Defensoria Pública (DP), sejam em qualquer outro setor no campo da justiça. Alguns estudiosos argumentam que um sistema meritocrático estabelece as bases para contar com os melhores juízes, do ponto de vista da qualidade dos profissionais, e proteger a justiça das influências políticas (Crompton, 2002; Di Federico, 2005; Phillips, 2009).

Selecionar os advogados mais bem qualificados para atuarem nas instituições de justiça é o primeiro passo para construir um estado de direito robusto. A tradição jurídica europeia-continental reconheceu isso muito bem, criando modelos burocráticos para gerenciar o processo de seleção, treinamento e avaliação judiciais (Guarnieri, 2007; Piana, 2010). Em outros países, como os Estados Unidos, a discussão sobre a adoção de um sistema de mérito judicial concentrou-se no processo de seleção.

Não há acordo entre os estudiosos sobre as vantagens do sistema de mérito no setor judicial, especialmente sobre até que ponto esse sistema é capaz de produzir independência judicial, *accountability*, estabelecer o papel adequado dos tribunais ou comportamento prospectivo por parte dos juízes (Birdman, 2001; Taylor, 2008; Owens et al., 2015). Os estudiosos afirmam que, mesmo que um sistema de mérito seja adotado na seleção para ocupar um cargo, "a política sempre terá um papel na seleção dos juízes" (Taylor, 2008, p. 101).

Meu ponto aqui vai além do método de seleção. O sistema meritocrático nas instituições de justiça é importante não somente pela maneira como juízes, promotores ou advogados de defesa são selecionados, mas também pela carreira

que eles são levados a seguir. Isso é particularmente relevante em países que recentemente tiveram governos autoritários, nos quais o sistema de clientelismo era a maneira mais comum de preencher posições em instituições públicas.

No que se refere à profissionalização dos atores do campo da justiça, estudos comparativos analisaram o papel dos conselhos ou comissões judiciais (Guarnieri, 2007; Garoupa e Ginsburg, 2008; Di Federico, 2005; Garoupa et al., 2012). A experiência de vários países (França, Itália, Alemanha, Espanha, Brasil e México) mostra que os conselhos judiciais são modelos burocráticos de governança judicial (Piana, 2010), ou seja, são guardiões do perfil profissional dos atores e do desempenho da instituição. Os conselhos envolvem-se em cuidadosos processos de recrutamento, treinamento, avaliações e promoção. Uma função central dos conselhos é regular e gerenciar a carreira judicial.

A profissionalização em conselhos judiciais implica a existência de um sistema de carreira baseado em mérito, orientando a carreira de atores judiciais de nível inferior e médio em instituições de justiça. Na França, Alemanha e Itália, por exemplo, os conselhos judiciais administram a carreira de juízes e promotores com o objetivo de não apenas isolá-los de influências políticas, mas principalmente de profissionalizá-los e responsabilizá-los: juízes e promotores passam por várias avaliações antes e depois de serem empossados no cargo vitalício.

Os defensores públicos são funcionários públicos e, como tal, precisam seguir um sistema de carreira que evite indicações e perfis não profissionais. Um sistema de carreira para defensores públicos implica um modelo de governança interna, processo de recrutamento sistematizado, treinamento, avaliação, promoção, proteção salarial e regulamentação para os casos de realocação e demissão (Di Federico, 2005; Guarnieri, 2007; Russell, 1963).

Neste capítulo, apresento a argumento de que a existência de um sistema de carreira para defensores públicos e os limites da aptidão destes para o cargo (Russell, 1963, p. 8) afetam a maneira como desempenham a assessoria jurídica efetiva. Concretamente, espera-se que os defensores públicos ofereçam uma defesa legal efetiva ema medida que sejam profissionalizados.

6 Dados e seleção dos casos

Para o presente estudo, selecionei defensorias públicas (DPs) dos estados mexicanos – Baja California Sur, Jalisco e Nuevo León – que foram escolhidos considerando o estágio de operação de sistemas acusatórios em cada um deles.

No período da pesquisa de campo, entre março e abril de 2015, o sistema acusatório no estado da Baja California Sur não operava em nenhum de seus municípios. Em Jalisco, o sistema operava em alguns municípios; enquanto, no estado de Nuevo León, o sistema acusatório estava funcionando em quase todos os municípios (SETEC, 2015). Para os casos da Baja California Sur e Jalisco, o sistema acusatório não estava operando na cidade ou na região metropolitana em que a pesquisa de campo foi realizada, embora houvesse variação entre os defensores públicos nesses estados.

Com relação às entrevistas, o estudo contou com a participação de defensores nas DPs localizadas nas capitais ou em regiões metropolitanas, áreas que concentram a maioria da população e dos crimes. As entrevistas foram realizadas somente com defensores atuando em questões criminais.

Para este trabalho, foram realizadas 50 entrevistas individuais com defensores públicos: 13 dos 16 defensores públicos, na capital da Baja California Sur; 14 dos 38, na área metropolitana de Jalisco; e 23 dos 120, trabalhando na região metropolitana de Nuevo León.

6.1 Sistema Acusatório nos estados de Baja California Sur, Jalisco e Nuevo León

A Constituição Federal do México exigiu que entre 2008 e 2016 fosse implementado nos estados um sistema judicial acusatório. Para adotar esse novo modelo, os três estados introduziram mudanças legislativas. Segundo a Secretaria Técnica do Conselho de Coordenação para a Implementação do Sistema de Justiça Penal (SETEC) no México, Nuevo León introduziu o sistema acusatório em 2006, muito antes da reforma constitucional federal. O estado de Jalisco introduziu mudanças constitucionais e, em alguns de seus distritos judiciais, o novo sistema passou a operar em 2014. Já no estado da Baja California Sur (BCS), o sistema foi adotado em 2013, mas até 2015, quando a pesquisa aqui apresentada foi realizada, sua operação ainda não havia sido implementada em algumas regiões.

Até a data em que a pesquisa foi realizada, em Nuevo León, o sistema acusatório operou em quase todos os municípios. Mas, em que medida o sistema acusatório foi adotado, *de jure* e *de facto*, pela DP e pelos advogados de defesa pública? A adoção formal de regras varia de acordo com a operação de fato do sistema acusatório, conforme mostra a tabela a seguir.

Tabela 1 - Sistema Acusatório em Defensorias Públicas

Indicador	BCS		Jalisco		Nuevo León	
	DJ	DF	DJ	DF	DJ	DF
Contestações orais	1	0	1	0	1	1
Resolução alternativa de disputas	1	0	1	1	1	1
Publicidade	1	0	1	0	1	1
Imediatismo	1	0	1	0	1	1
Concentração	1	0	1	0	1	1
Contradição	1	0	1	0	1	1
Igualdade entre as partes	1	0	1	0	1	1
Número total de indicadores encontrados	7/7	0/7	7/7	1/7	7/7	7/7

DJ: *De jure*; DF: *De facto*.
Fontes: Constituição da Baja California Sur, 2014; Constituição de Jalisco, 2014; Constituição de Nuevo León, 2009; LODP/BCS 2014; LOPS/JAL 2007; LIDP/NL 2013; Regulação da LIDP/NL 2011. Entrevistas com defensores públicos em BCS, Jalisco e Nuevo León.

Baja California Sur

Embora a reforma constitucional local tenha ocorrido em 2013, o sistema acusatório ainda não estava em vigor quando as entrevistas foram realizadas (2015). Os defensores públicos estavam conscientes das mudanças legislativas federais e locais, mesmo não conhecendo a fundo o novo sistema, e reconheceram que era necessário mais treinamento (como observado nos trechos de entrevista reproduzidos abaixo), especialmente, treinamento prático, ensinando, por exemplo, como se realiza uma contestação oral (Baja California Sur, 2015, entrevistas 4 e 7). A contestação ainda era realizada por documento escrito, e princípios como publicidade, imediatismo, concentração e contradição não eram observados durante o julgamento.

Os defensores reconheceram que a igualdade constitucional entre as partes era uma ferramenta muito útil do novo sistema:

> O novo sistema será horizontal. Juízes, defensores e promotores estarão no mesmo nível, diferente do atual sistema inquisitorial onde o processo é vertical: no topo você tem o juiz; no meio, o promotor; e na parte inferior, o defensor público. Isso é totalmente desproporcional e fora de contexto (para proteger) o devido processo (Baja California Sur, 2015, entrevista 8).

Por fim, os defensores estavam conscientes da justiça alternativa, mas alegaram que ela não era amplamente usada como mecanismo para resolver disputas: "A justiça alternativa é uma área nova e não a usamos frequentemente porque não temos muito conhecimento sobre como implementar mecanismos alternativos para resolução das disputas nos casos em que atuamos" (Baja California Sur, 2015, entrevista 5 e também entrevistas 1-3, 9-11 e 13).

Jalisco

Em Jalisco, o sistema acusatório iniciou sua operação em alguns municípios do estado em 2014, mas não na região metropolitana em que as entrevistas foram realizadas. Os defensores públicos afirmaram que conheciam o sistema e haviam recebido algum treinamento sobre as regras e procedimentos desse novo modelo criminal. Ao todo, 85% dos defensores afirmaram que era necessário treinamento prático: "Precisamos de mais prática. Na minha opinião, recebemos muita informação teórica, mas ainda não sabemos como o sistema opera na prática" (Jalisco, 2015, entrevista 7).

Os defensores, por exemplo, não sabiam como conduzir contestações orais durante o julgamento. O processo continuou inquisitorial: não havia publicidade, oralidade, imediatismo ou contradição nos julgamentos. Nesse sentido, os defensores argumentaram que o novo sistema daria "mais transparência durante o processo e mais acesso a recursos para conduzir investigações" (Jalisco, 2015, entrevista 4), mas também "o juiz estará presente durante o julgamento para resolver a disputa entre as partes. Será diferente do sistema tradicional em que o juiz apenas fica em seu escritório, e os funcionários fazem todo o trabalho, ouvem as partes e decidem os casos" (Jalisco, 2015, entrevista 5).

Os defensores públicos acreditavam firmemente que o novo sistema mudaria radicalmente uma das características mais nocivas do sistema inquisitorial tradicional: as disparidades entre promotores e defensores.

> Acho que o governo (atualmente) não dedica tanta atenção à defesa pública quanto à acusação. Pode-se constatar isso simplesmente olhando para a equipe e para nossos salários. No Ministério Público, cada procurador designado a um tribunal conta com dois secretários e um assistente. Na Defensoria Pública, eu estou sozinho, não tenho nem assistente, além de ganhar menos que um promotor [...] O sistema acusatório corrigirá essas anomalias (Jalisco, 2015, entrevista 5).

No geral, os defensores públicos em Jalisco demonstraram mais conhecimento do novo sistema do que os de BCS, e menos do que os defensores de Nuevo León, como se verá a seguir. Alegaram fazer uso frequente de alguns de seus mecanismos, como a justiça alternativa, mesmo quando o sistema acusatório ainda não havia sido introduzido na região metropolitana em que trabalhavam[1]: "Estamos usando mecanismos alternativos de resolução de disputas com muita frequência, porque nossos administradores constantemente o exigem visando diminuir o número de casos" (Jalisco, 2015, entrevista 6).

Nuevo León

O sistema acusatório atualmente opera em quase todos os municípios no estado de Nuevo León (incluindo a região metropolitana, onde as entrevistas foram realizadas). Quase todos os defensores públicos em Nuevo León concordaram que conheciam muito bem os novos procedimentos do sistema e reconheceram especialmente suas vantagens: "o novo procedimento criminal é mais rápido que o tradicional (inquisitorial)" (Nuevo León, 2015, entrevista 9), observando também a persistência de várias disparidades entre o judiciário, o Ministério Público e a Defensoria Pública (Nuevo León, 2015, entrevistas 11, 12, 17). Os entrevistados afirmaram:

> Atualmente, juízes, promotores e defensores têm condições mais parecidas do que as observadas no sistema inquisitorial anterior (Nuevo León, 2015, entrevista 13).
>
> Atualmente, nossas condições salariais são iguais às do Ministério Público; essa premissa constitucional funcionou muito bem. No entanto, não temos condições materiais iguais (carros, combustível) para conduzir nossas investigações (Nuevo León, 2015, entrevista 3).

Em relação ao treinamento no novo sistema acusatório, os defensores estavam orgulhosos de sua instituição porque o Centro de Formação Profissional (responsável pela organização de cursos) era o único do gênero no país: "não é arrogância, mas entre as DPs no México, a nossa é reconhecida atualmente como

[1] Isso ocorre também porque Jalisco aprovou sua primeira lei sobre Justiça Alternativa em 2007, e o Instituto de Justiça Alternativa entrou em operação em 2011.

a mais profissionalmente treinada para o novo modelo criminal" (Nuevo León, 2015, entrevistas 3, 5).

Os defensores concordaram que os procedimentos, como mecanismos alternativos de resolução de conflitos, publicidade, imediatismo, contestações orais, concentração e contradição durante o julgamento, ajudaram a oferecer uma melhor defesa. O novo sistema acusatório "funciona muito melhor. Os procedimentos são mais simples e rápidos; é um tipo de justiça mais limpo, mais transparente e menos corrupto. Tudo é mais rápido, sem tanta papelada" (Nuevo León, 2015, entrevista 3). Os defensores públicos declararam que, desde as reformas, seus salários foram equiparados ao praticado no Ministério Público (Nuevo León, 2015, entrevista 10).

Pode-se concluir esta seção reconhecendo que o sistema acusatório introduzido nos três estados tem funcionado bem, na prática, apenas no estado de Nuevo León, que demonstrou uma implementação mais avançada.

6.2 Sistema de Carreira para Defensores Públicos nos estados de Baja California Sur, Jalisco e Nuevo León

Desde 2009 e depois em 2013, a legislação relacionada à Defensoria Pública nos estados de Nuevo León (Art. 44 LIDP/NL 2013) e Baja California Sur (Art. 30 LODP/BCS 2014), respectivamente, especificam a existência *de jure* de um sistema de carreira do defensor público (SCDP). No caso de Jalisco, nenhuma lei estipulou as condições para a operação de um SCDP, ou seja, o estado não possui SCDP *de jure*. A tabela a seguir ilustra até que ponto se fazem presentes as dimensões *de jure* e *de facto*, no que diz respeito ao SCDP.

Tabela 2 – Sistema de Carreira do Defensor Público nos estados de Baja California Sur, Jalisco e Nuevo León

Indicador	Descrição	BCS		Jalisco		Nuevo León	
		DJ	DF	DJ	DF	DJ	DF
Conselho	Modelo de governança interna	0	0	0	0	1	1
Recrutamento	Chamada pública e aberta	0	0	0	0	1	1
	Exames escritos e orais	0	0	0	0	1	1
	Treinamento enquanto no exercício da posição	0	0	0	0	1	1
	Indicação colegiada	0	0	0	0	1	0

Treinamento	Cursos regulares	1	0	0	0	1	1
	Gratuito e obrigatório	1	0	0	0	1	1
Avaliação	Preenchimento de requisitos profissionais	1	0	0	0	1	1
Salários	Fixos	1	1	0	0	1	1
	Igualdade salarial por posição	1	1	0	0	1	1
Promoção	Diferentes posições	0	0	0	0	1	0
Realocação	Baseada nas capacidades do defensor	0	0	0	0	0	0
Demissão	Violação de normas	1	1	1	1	1	1
	Remoção por decisão colegiada	0	0	0	0	0	0
Número total de indicadores encontrados		6/14	3/14	1/14	1/14	12/14	10/14

DJ: *de jure*; DF: *de facto*.
Fontes: LODP/BCS 2014; LOPS/JAL 2007; LIDP/NL 2013; Regulação do LIDP/NL 2011. Entrevistas com defensores públicos em BCS, Jalisco e Nuevo León.

Baja California Sur

Em relação à existência de um SCDP *de jure*, constatei a presença de 6 de 14 indicadores. A lei orgânica da Defensoria Pública de BCS (LODP/BCS) estabelece que as chamadas para preencher vagas na Defensoria Pública (DP) podem ser abertas e fechadas (art. 32), ou seja, podem ser para o público em geral ou para um grupo de candidatos previamente selecionado.

Na lei, há especificações relativas ao procedimento de nomeação (art. 33), que é realizado pelo Defensor Público-Geral. Também são especificados treinamentos, promoções (art. 34), remuneração (art. 35), avaliação e demissões (art. 36 e 37). A lei, no entanto, silencia sobre exames escritos e orais, período de treinamento enquanto no exercício da posição ou sobre realocações. Por fim, vale ressaltar que o artigo 31 do LODP/BCS é, por si só, conflitante com a lógica de um sistema profissional de carreira: indica que a carreira inclui cargos de confiança para defensores públicos, consultores jurídicos e coordenadores regionais de defensorias públicas, entre outros. No México, esse tipo de cargo concede aos altos funcionários (dentro ou fora da instituição) a oportunidade de nomear e demitir funcionários discricionariamente.

Um SCDP *de facto* apresenta diferenças em relação a um sistema de carreira *de jure*. Apenas 3 dos 14 indicadores foram encontrados. Todos os entrevistados

declararam que não havia sistema de carreira profissional em vigor. Por exemplo, a maioria dos defensores públicos obteve o cargo na DP simplesmente por ter enviado seu currículo ao Defensor Público-Geral, ou fez algum tipo de trabalho social, ou estágio não remunerado na instituição, ou, ainda, receberam auxílio de um amigo dentro do governo. O processo de seleção incluiu uma entrevista e, em alguns casos, um exame de conhecimentos gerais.

> Fui informado de que a Defensoria Pública estava precisando de pessoal. Então, me apresentei, cumpri todos os requisitos e entrei na instituição como estagiário não remunerado e, posteriormente, fui contratado (Baja California Sur, 2015, enntrevista 1).

> No meu caso, fiz um exame de conhecimentos gerais para um cargo, mas também tive auxílio de um amigo que trabalha no governo (Baja California Sur, 2015, entrevista 4).

> Deixei um currículo na Defensoria Pública e, quando me ligaram, comecei a trabalhar como estagiário não remunerado por 8 meses (Baja California Sur, 2015, entrevista 7).

> Simplesmente deixei meu currículo (Baja California Sur, 2015, entrevista 10).

Os defensores públicos afirmaram que, com a introdução do sistema acusatório, foram submetidos a mais treinamento nos últimos anos, além de terem sido convidados por outras instituições (o judiciário ou o SETEC – Secretaria Técnica do Conselho de Coordenação para a Implementação do Sistema de Justiça Penal) para participar de cursos sobre contestações orais (Baja California Sur, 2015, entrevista 3). O judiciário local ofereceu alguns desses cursos gratuitamente. No entanto, geralmente havia uma taxa a pagar. Além disso, os cursos não eram obrigatórios (Baja California Sur, 2015, entrevistas 2, 5). A maioria dos defensores admitiu que era necessária mais formação.

> Para ser sincera, a instituição não havia nos oferecido muitos cursos; os que fizemos foram organizados pelo judiciário local ou pelo Centro Cultural do Supremo Tribunal Federal (Baja California Sur, 2015, entrevista 3).

> Desde a reforma do processo criminal, a instituição ofereceu vários cursos, mas acredito que não são suficientes e precisamos de mais treinamento (Baja California Sur, 2015, entrevista 5).

Conforme relatado pelos defensores, nenhum sistema de promoção funcionou, e alguns dos entrevistados expressaram que "ninguém dá mérito ao seu trabalho" (BCS, 2015, entrevista 13). Ainda não havia avaliação profissional. As realocações de um setor para outro eram baseadas em necessidades institucionais, sem considerar o perfil profissional do defensor. Todos os entrevistados concordaram que os motivos de demissão estavam relacionados à violação da lei; no entanto, as demissões foram executadas, em sua maioria, pelo Defensor Público-Geral, de forma isolada. Finalmente, a DP da Baja California Sur ofereceu a seus advogados um salário igual e fixo para os defensores atuando em cargos do mesmo nível (mesmo quando o salário anterior era muito baixo, em média de US$ 750 ao mês).

Jalisco

A lei orgânica da Defensoria Pública no estado de Jalisco (LOPS/JAL) não prevê um SCDP. De fato, encontrei apenas 1 dos 14 indicadores de um sistema de carreira. A LOPS especifica que a destituição de um defensor público é responsabilidade do Defensor Público-Geral (art. 9.º, n.º VIII; art. 44). A legislação silencia sobre chamadas públicas abertas para preencher cargos, treinamento enquanto no exercício do cargo, promoções, remuneração, avaliações ou realocação. A lei não aponta a organização de cursos regulares e gratuitos, mas alega que o Subdefensor Público-Geral deve apresentar ao Defensor Público-Geral um "Programa Anual de Planejamento" (art. 14) dos cursos a serem oferecidos.

Conforme alegado pelos defensores de Jalisco, não havia SCDP em vigor no período das entrevistas. Analisando a existência de um SCPD *de facto*, encontrei somente 1 dos 14 indicadores (demissão por violação de normas). Sobre o recrutamento, os entrevistados revelaram que os procedimentos variam. Em 2007, a DP foi transferida do judiciário local para o Poder Executivo. Na ocasião, defensores públicos que ingressaram na instituição antes de 2007 participaram de uma chamada pública e fizeram exames. Para os que vieram depois, no entanto, o processo de nomeação ocorreu, em sua maioria, após um período de estágio não remunerado

na instituição, realizando testes psicológicos e jurídicos. Ainda, entrevistados citaram terem sido auxiliados por amigos no governo:

> Fui aceito na Defensoria Pública para um estágio não remunerado e, mais tarde, tive a oportunidade de ocupar um cargo. Obviamente, antes de ser formalmente contratado, apresentei vários exames (Jalisco, 2015, entrevista 4).

> Consegui um cargo, como posso dizer, não por indicação, mas por estar trabalhando na equipe de transição do governo, e então entrei para a Defensoria Pública (Jalisco, 2015, entrevista 5).

> Passei em um concurso. Concorri com outros dois advogados e minha nota no exame foi a mais alta. Por isso fui contratado (Jalisco, 2015, entrevista 9).

Os diferentes processos de nomeação de defensores também tiveram implicações nos salários. Mesmo quando tinham a mesma posição, os contratados à época que a DP fazia parte do judiciário tinham salários mais altos – cerca de US$ 1.200 – do que aqueles que foram recrutados depois que a instituição foi transferida para o Executivo – cerca de US$ 750 (Jalisco, 2015, entrevista 7).

A DP por si só não organiza cursos regularmente, mas permite que os defensores públicos participem daqueles oferecidos por outras autoridades, especialmente após a aprovação da reforma criminal. Um defensor indicou, no entanto, que os cursos às vezes eram difíceis em virtude de sua grande carga de trabalho (Jalisco, 2015, entrevista 15). Em geral, os defensores receberam treinamento após a aprovação da reforma criminal, mas apontam a necessidade de mais formação:

> Recebemos treinamento especialmente para nos atualizarmos sobre o novo processo criminal e na prestação de serviços de justiça em questões criminais. Por exemplo, fizemos cursos sobre contestação oral. De qualquer forma, acredito que é necessária mais formação (Jalisco, 2015, entrevista 4).

> Realizamos aproximadamente dois cursos por ano. São cursos de direito penal, direito constitucional ou contestação oral. A frequência é de dois por ano, com duração entre 3 e 6 meses, e há outros que duram até um ano. Alguns cursos são opcionais, mas outros são obrigatórios e temos que comparecer (Jalisco, 2015, entrevista 8).

> O último curso que fizemos foi sobre contestação oral, em outubro de 2014. Os cursos são gratuitos e organizados pela Universidade de Guadalajara, pelo Ministério Público, e pela SETEC. Para dizer a verdade, não há muitos cursos organizados pela Defensoria Pública (Jalisco, 2015, entrevista 13).

Observou-se que não havia instrumentos para a realização de avaliações, e os defensores públicos reconheceram que não tinham mecanismos de promoção. Na experiência dos entrevistados, as realocações de uma área para outra eram baseadas em necessidades institucionais. Um deles apontou que ser transferido para "a área criminal da penitenciária de Puente Grande é considerado uma forma de punição" (Jalisco, 2015, entrevista 7). Finalmente, as demissões ocorreram em virtude de violação da lei.

Nuevo León

A Lei Orgânica da Defensoria Pública (DP) do estado de Nuevo León (LIDP/NL) e sua regulamentação (RLIDP/NL) são a principal estrutura legal para a DP no estado. Considerando a existência de um SCDP *de jure*, a DP apresenta 12 dos 14 indicadores. Nesse sentido, o RLIDP estipula que o Defensor Público-Geral deve convidar o Conselho Consultivo – formado por cidadãos no *status* de membros honorários – a conduzir o processo de seleção, nomeação e promoção de defensores públicos (art. 65, 68 e 69 do RLIDP/LN 2011; art. 18 LIDP/NL 2013).

Os candidatos devem passar por exames teóricos e práticos sobre questões jurídicas e por um período de treinamento, enquanto ocupando o cargo, para melhorar suas habilidades no trabalho, considerando um sistema acusatório (artigos 66 e 69 do RLIDP/NL). Há uma escola de defensores, o Centro de Formação Profissional, e o Defensor Público-Geral é responsável por gerenciar intercâmbios de cooperação com universidades, autoridades governamentais e do judiciário, a fim de treinar os defensores regularmente (art. 70, RLIDP/NL).

Os cursos são obrigatórios (art. 60 do RLIDP/NL), e a remuneração dos defensores é fixa e igual entre os profissionais na mesma posição. Eventuais sanções estão vinculadas ao não cumprimento de requisitos profissionais, como não oferecer defesa adequada, e são conduzidas pelo Conselho Consultivo (art. 41 do LIDP/NL). Finalmente, realocações são feitas para atender às necessidades

institucionais, e a demissão dos defensores públicos é decidida pelo Defensor Público-Geral (art. 17, n.º IV e V, RLIDP/NL).

Os defensores de Nuevo León reconheceram que um SCDP também funcionava na prática. Segundo os entrevistados, 10 dos 14 indicadores podiam ser constatados. Todos os defensores da DP assumiram seus cargos após passarem por exames práticos e escritos sobre Direito (Nuevo León, 2015, entrevista 1-23). Eles confirmaram a existência do Centro de Formação Profissional, encarregado de implementar um programa de treinamento no local de trabalho para defensores recém-contratados, bem como cursos para treinamento de pessoal.

Na mesma linha, os defensores receberam cursos regulares, obrigatórios e gratuitos (Nuevo León, 2015, entrevistas 1-23), bem como a oportunidade de (e financiamento para) candidatar-se a um programa de mestrado ou doutorado (Nueco León, 2015, entrevista 4) em diferentes universidades.

> A instituição exige que façamos cursos e organiza nossos horários para participar deles. No ano passado, fiz um de 100 horas sobre o novo Código Nacional. Foi um curso intensivo das 9 às 20 horas (Nuevo León, 2015, entrevista 1).

> Durante o ano, o Centro de Formação Profissional da Defensoria Pública organiza constantemente cursos sobre vários tópicos, como contestação oral, recurso de amparo, direito civil ou de família. Além disso, a Defensoria Pública também nos financia (66%, os outros 34% nós mesmos pagamos) para realizar estudos de mestrado e doutorado em universidades nacionais ou internacionais (Nuevo León, 2015, entrevista 3).

> Temos cursos de treinamento. Temos o Centro de Formação Profissional da Defensoria Pública, que está muito bem equipado para o novo sistema: temos um tribunal de contestação oral no local de treinamento profissional. Por lei, devemos fazer pelo menos 200 horas de formação (Nuevo León, 2015, entrevista 14).

A maioria dos defensores públicos, no entanto, não apontou a existência de um sistema de promoção: os cargos mais altos (direção) eram poucos e a forma como eram designados considerava o perfil profissional do defensor, mas também suas relações políticas, uma vez que o Defensor Público-Geral e o governador eram os responsáveis pelas indicações (Nuevo León, 2015, entrevista 3).

Alguns entrevistados pontuaram, no entanto, que havia um sistema de promoção com diferentes posições (A, B, C) para defensores (Nuevo León, 2015, entrevistas 5 e 17). O salário era fixo e igual entre os ocupantes de posições no mesmo nível (Nuevo León, 2015, entrevista 5), sendo que, entre os defensores, a remuneração era de US$ 2.300 por mês. As realocações baseavam-se em necessidades institucionais (Nuevo León, 2015, entrevistas 10-23). Por fim, todos os entrevistados concordaram que as demissões ocorreram por violação da lei; por exemplo, quando um defensor pediu dinheiro em troca do serviço oferecido (Nuevo León, 2015, entrevistas 1-25).

Para concluir esta subseção, pode-se apontar que um Sistema de Carreira do Defensor Público (SCDP) existe tanto *de jure* quanto *de facto* em Nuevo León, enquanto que, no BCS, existe apenas *de jure* e, em Jalisco, não foi possível identificar um SCDP nem *de jure*, nem *de facto*.

6.3 Defesa efetiva nos estados de Baja California Sur, Jalisco e Nuevo León

As defensorias públicas (DPs) nos três estados são formalmente encarregadas de oferecer assessoria jurídica gratuita e de defender o devido processo e os direitos humanos dos réus[2]. Como discutido na parte teórica, uma maneira de observar uma representação legal efetiva é analisar a sentença do caso (abordagem orientada pelos resultados). Pode-se observar a efetividade dos defensores públicos em seu trabalho de defesa de direitos dos réus, particularmente, o direito de ser considerado inocente até que se prove o contrário, ao analisar a taxa de prisão preventiva.

A abordagem orientada pelos insumos, no entanto, também é útil para observar a efetividade desses profissionais. Considero aqui indicadores relacionados às capacidades institucionais internas da DP, especialmente, o acesso a serviços forenses e o número de casos por defensor.

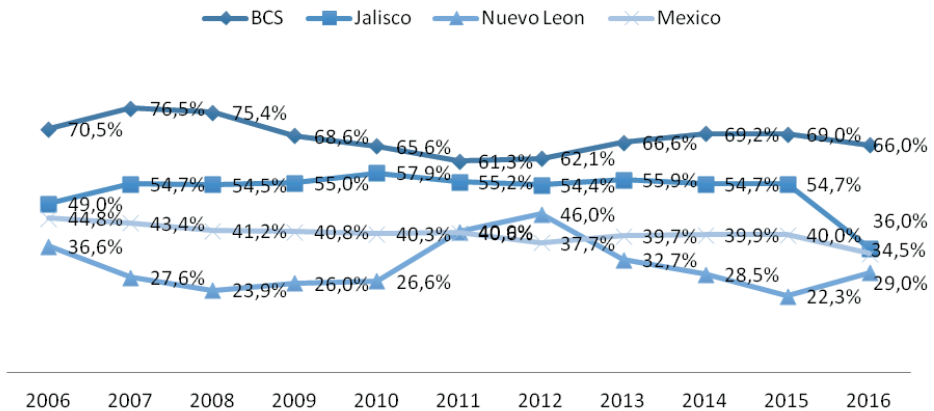
A prisão preventiva no México pode ser julgada de duas maneiras diferentes: a) mediante solicitação do promotor, dada a periculosidade do réu e a gravidade do crime imputado; b) oficiosamente, por um juiz, em casos de crimes violentos

---

[2] Ver art. 19, letra A, parte VIII, da Constituição de BCS; art. 8.º, n.º XX; art. 5.º, n.º II, LODP/BCS; art. 7.º, parte II, letra h, da Constituição de Jalisco; art. 9.º, letra a, parte IX, da Constituição de Nuevo León; art. 10, n.º VI, LIDP/NL.

como homicídios e relacionados ao crime organizado. Apesar das reformas institucionais destinadas a reduzir o uso da prisão preventiva, os dados mostram que esta continua representando um sério problema no país.

Em 2016, cerca de 40% dos presos estavam aguardando julgamento (Zepeda e Lecuona, 2017), ou seja, tecnicamente 40% dos presos poderiam ser considerados inocentes porque uma decisão judicial não havia sido proferida. A situação no nível subnacional também é crítica e, em muitos casos, muito pior do que nacionalmente. Como a prisão preventiva variou desde que as reformas foram introduzidas no nível local? É possível observar que não houve variação positiva nas taxas de prisão preventiva em contextos locais não afetados pela reforma, enquanto houve queda nas taxas em jurisdições onde a reforma foi implementada? O gráfico a seguir mostra até que ponto a prisão preventiva variou nos estados de BCS, Jalisco e Nuevo León de 2006 a 2016:

Gráfico 1 – Presos preventivamente nos estados (% do total da população carcerária)

Fonte: Dados oferecidos pela Jurimetría, 2017. Zepeda Lecuona, 2017.

Pelo gráfico, podemos dizer que BCS tem a maior taxa de prisão preventiva, seguido por Jalisco e, depois, por Nuevo León. O caso de BCS era crítico porque, em média, 65% de sua população encarcerada aguardavam julgamento. Além disso, em BCS e em Jalisco, a prisão preventiva foi ainda mais alta do que no nível nacional, enquanto, em Nuevo León, foi consistentemente menor tanto em comparação com os outros estados como com o México como um

todo – apenas nos anos de 2011 e 2012, as taxas estaduais foram mais altas que a nacional; mesmo assim, não foram mais altas que as dos outros dois estados.

A trajetória das taxas de prisão preventiva mostra um padrão de declínio nacional, em Nuevo León e Jalisco (no caso de Jalisco, somente no ano de 2016), enquanto BCS mantém estatísticas constantes e, em alguns anos, demonstra incremento no percentual de população encarcerada aguardando julgamento.

Outras maneiras de observar a efetividade dos defensores públicos na representação legal são o acesso que eles têm aos serviços de especialistas forenses e o número de casos por defensor (abordagem orientada pelos insumos/dados). O acesso a serviços forenses é restrito nos três estados. De acordo com o Censo Nacional de 2015 sobre Governos Estaduais, Segurança Pública e Sistema Penitenciário, as DPs em BCS e Jalisco não têm pessoal registrado como especialista forense, enquanto Nuevo León relatou 19 especialistas (INEGI 2015).

A DP em BCS não possui sua própria divisão forense e, quando são necessários serviços, eles são solicitados ao Ministério Público (MP). Em Jalisco, os defensores lutam para obter provas forenses certificadas e imparciais:

> Precisamos de serviços forenses e não os temos. Os solicitamos ao Instituto de Ciências Forenses de Jalisco. É supostamente um departamento descentralizado, independente, mas, na prática, recebe ordens do MP, (e) acabamos pedindo à família do réu que pague por especialistas forenses independentes (Jalisco, 2015, entrevista 7).

Em Nuevo León, diferente do MP local, a DP não possui sua própria divisão de serviços forenses:

> O escritório do promotor tem atualmente cerca de 600 especialistas forenses [...] Na DP, temos cerca de 21. É muito desproporcional; mas, em outros estados, os defensores públicos não têm um único especialista forense nomeado para a DP (Nuevo León, 2015, entrevista 21).

Em relação ao número de casos, cada defensor tem em média 100 casos abertos em BCS, 350 em Jalisco e 50 em Nuevo León por ano. Colocando isso em perspectiva, um advogado particular trabalha normalmente com 30 a 40 casos abertos por ano. O número de casos por defensor é excessivo em Jalisco e menos, mas ainda em número expressivo, em Baja California Sur. Os defensores públicos em Nuevo León têm uma carga de trabalho menos exigente.

Os entrevistados nos três estados concordaram que 30 a 40 casos por defensor, por ano, seria uma quantidade adequada de trabalho, permitindo-lhes oferecer uma representação legal efetiva. Eles argumentaram que a pesada carga de trabalho tem um impacto significativo em sua capacidade de fazer uma defesa adequada:

> A verdade aqui é que sacrificamos a qualidade em nome da quantidade, uma vez que é muito trabalho e não conseguimos dedicar muito tempo aos casos. É por isso que queremos que o governo abra mais vagas para defensores públicos, para que cada defensor possa usar o tempo necessário demandado pelos casos e alcançar um melhor resultado (Baja California Sur, 2015, entrevista 11).

> Temos muito trabalho, portanto não podemos oferecer uma defesa adequada. De que forma não é uma defesa adequada? Não o é porque, apesar de fazermos a defesa, ajudarmos os réus, infelizmente não temos condições de fazer nosso trabalho da melhor maneira. Por quê? Porque o fato de participar de quatro reuniões, durante o mesmo período, onde são exibidas evidências [...] afeta muito nossa capacidade de registrar toda a informação. Acho que isso influencia para que façamos uma boa defesa (Jalisco, 2015, entrevista 5).

> Com casos demais você não consegue prestar atenção suficiente a cada um deles. Às vezes, seus defendidos chegam até você e você não se lembra deles, precisa pedir que eles o contextualizem. Além disso, estamos com pouco tempo. Muitas vezes acontece que não conseguimos chegar na hora em uma consulta que marcamos com o acusado para discutir seu caso, porque temos que comparecer a uma audiência preliminar (Nuevo León, 2015, entrevista 1).

Com base nas evidências analisadas nesta última subseção, pode-se argumentar que os defensores públicos no estado de Nuevo León são capazes de defender os direitos de seus clientes melhor do que seus colegas em BCS e Jalisco. As reformas institucionais parecem estar relacionadas às diferenças entre as DPs relativas ao acesso a serviços forenses e o número de casos por defensor. O acesso a serviços forenses, mesmo que restrito, está mais disponível em Nuevo León, já que em BCS e Jalisco não há nenhum especialista forense indicado especificamente para a instituição.

Conforme declarado por um defensor público em Jalisco, eles precisam pedir à família do réu que pague por esses serviços, a fim de obter evidências confiáveis para defender um cliente (Jalisco, 2015, entrevista 5). O número de casos é menor em Nuevo León quando comparado aos estados BCS e Jalisco, e isso faz uma diferença importante quando se está protegendo os direitos de uma pessoa, principalmente porque os defensores podem dispor de tempo para realizar investigações, colher depoimentos ou estar presentes durante o julgamento.

Para concluir esta seção, se considerarmos ambas as abordagens, a orientada pelos insumos (acesso a serviços forenses e número de casos por defensor) e a orientada pelos resultados (prisão preventiva), à luz das evidências e das entrevistas em Baja California Sur, Jalisco e Nuevo León, o valor delas pode ser explicado a partir da introdução de reformas institucionais e até que ponto essas reformas são de fato implementadas.

Conforme afirmado pelos entrevistados, a reforma criminal e o Sistema de Carreira do Defensor Público oferecem uma nova estrutura institucional para proteger melhor os direitos das vítimas, mas principalmente dos réus, que na maioria das vezes eram tratados como culpados (e presos) antes mesmo de haver qualquer decisão judicial.

> O novo sistema (acusatório) melhora a maneira como se faz justiça, porque possui mais ferramentas para oferecer e defesa adequada, e podemos usar tratados internacionais para proteger os direitos humanos. Além disso, a justiça é mais ágil e rápida (Baja California Sur, 2015, entrevista 11).

> O novo sistema acusatório permite uma defesa efetiva porque a tortura e o confinamento solitário do réu desaparecerão e o réu será considerado inocente até que se prove o contrário. Não é como agora. Hoje, eles lhe pegam, você é tratado como culpado e tem que provar sua inocência. Estamos operando ao contrário. Estou fascinado com a chegada do novo sistema (Jalisco, 2015, entrevista 7).

> Fizemos cursos sobre tratados internacionais de direitos humanos [...] e, em geral, uso as Regras de Tóquio para garantir que meus réus não sejam submetidos a prisão preventiva (Nuevo León, 2015, entrevista 17).

Conforme declarado na parte teórica, os atributos desses sistemas colocam os defensores públicos em posição de fortalecer-se perante o promotor de justiça

e o juiz, de treinarem e prepararem-se para defender seus clientes em contestações orais ou para usar soluções alternativas nas disputas, evitando a prisão preventiva, a detenção e as condenações.

Como visto ao longo do capítulo, Nuevo León reformou sua constituição em 2006 para introduzir um sistema jurídico acusatório, ou seja, dois anos antes da reforma constitucional em nível federal, que ocorreu em 2008. Já nos estados BCS e Jalisco, a reforma do sistema criminal foi aprovada em 2013 e 2014, respectivamente. Pode-se verificar um declínio constante na prisão preventiva e um aumento no número de especialistas forenses designados para a DP onde houve reformas institucionais, enquanto o número de presos sem sentença foi considerado alto em BCS e Jalisco, onde essas reformas não foram realizadas ou ainda não estão, na prática, em pleno vigor.

7 Considerações Finais

A proteção efetiva dos direitos é resultado de arranjos envolvendo diferentes instituições: tribunais nacionais e internacionais, serviços de acusação, comissões de direitos humanos, a polícia ou a defensoria pública (DP). O papel desta última no acesso à justiça é crucial, especialmente para o setor mais vulnerável da sociedade: os mais pobres e as minorias que sofrem discriminação (populações indígenas ou negras, por exemplo).

As prisões do México ao Brasil ou Argentina estão cheias de pessoas pobres, muitas vezes inocentes, cujo único erro foi estar no lugar errado na hora errada, e não ter dinheiro para contratar um advogado para defendê-las. O governo então lhes oferece alguém cujas condições institucionais impedem que se entregue uma assessoria jurídica efetiva, o que resulta em uma justiça com viés institucional, social e racial, que vai contra os fundamentos do Estado Democrático de Direito e que viola os direitos humanos.

Os argumentos institucionais são uma ferramenta poderosa para explicar o comportamento. Neste trabalho, analisei quando e por que os defensores públicos conseguem oferecer uma representação legal efetiva. Mostro que, quanto mais eles trabalham sob as regras de um modelo criminal acusatório e encontram-se em um sistema de carreira, mais provável será a entrega de uma representação legal eficaz.

O caso de Nuevo León mostra que, à medida que a implementação das regras avança, os defensores tendem a segui-las na prática, não apenas porque as

conhecem com mais profundidade, mas também porque se sentem auxiliados (ou constrangidos) por elas. Nos casos de BCS e Jalisco, onde regras foram introduzidas, mas não implementadas – ou pior, algumas delas nem mesmo legalmente introduzidas, como no caso do sistema de carreira do defensor público em Jalisco –, esses profissionais tiveram menos conhecimentos, habilidades e incentivos para usar ferramentas que ampliam a maneira como defendem os direitos e oferecem uma assessoria efetiva. No entanto, ainda são necessários novos estudos para verificar essa matéria por completo, explorando pelo menos dois caminhos.

O primeiro seria estimar melhor o papel que o apoio financeiro à DP (e suas consequências em relação ao número de casos por defensor) pode desempenhar na oferta de assessoria jurídica eficaz. Em vários países, "a defensoria pública encontra-se faminta por recursos enquanto enfrenta um número impraticável de casos, que zombam da ideia de justiça para os pobres" (Pfaff, 2016). Essa afirmação aplica-se às DPs locais do México, mas representa com a mesma propriedade a situação em muitos países da América Latina.

São inquestionavelmente necessários mais recursos para melhorar a representação legal dos indigentes. Mas em que medida isso resolveria os problemas que as DPs atualmente enfrentam ao oferecerem uma defesa legal efetiva? Precisamos avaliar a provisão de mais recursos governamentais para a DP, especialmente em face de sua contraparte: os serviços de acusação, que, em muitos casos, são mais bem financiados.

Um segundo caminho que vale a pena explorar é o papel que as teorias ideacionais podem desempenhar quando os defensores oferecem assessoria jurídica efetiva. Neste trabalho, concentrei-me nos defensores públicos, mas também em outras instituições – organizações voluntárias, como a RENACE no México, ou The Innocence Project e Pro Bono Net, nos Estados Unidos – que oferecem representação legal a indivíduos de baixa renda.

Os defensores dessas organizações tendem a ser menos formalistas do que os defensores das DPs. Portanto, as ideias podem ter um papel mais relevante na forma como os defensores de organizações sem fins lucrativos ou grupos de defesa oferecem proteção judicial e uma defesa legal efetiva.

Referências

Baja California Sur. México. *Entrevistas – Defensoria Pública em BCS. Tribunal Regional Penal e Defensoria Pública em La Paz.* 13 Entrevistas, entre março e abril de 2015, 2015.

Basabe-Serrano, Santiago. "Judges without Robes and Judicial. Voting in Contexts of Institutional Instability: The Case of Ecuador's Constitutional Court, 1999–2007". *Journal of Latin American Studies*, v. 44, p. 127-161, 2012. DOI: 10.1017/S0022216X1100112X.

Carbonell, Miguel. *Los juicios orales en México*. Mexico: Porrúa/IIJ-UNAM/RENACE, 2010.

Champion, Dean J. "Private Counsels And Public Defenders: A Look At Weak Cases, Prior Records, And Leniency. In: Bargaining, Plea". *Journal of Criminal Justice*, v. 17, Issue 4, p. 253-263, 1989. DOI:10.1016/0047-2352(89)90031-7.

Couso, Javier e Hilbink, Lisa. "From Quietism to Incipient Activism. The Institutional and Ideological Roots of Rights Adjudication". In: Ríos-Figueroa, Julio e Helmke, Gretchen. *Courts in Latin America.*Cambridge: Cambridge University Press, 2011.

Crompton, J. Andrew. "Pennsylvanians Should Adopt a Merit Selection System for State Appellate Court Judges". *Dickinson Law Review*, v.106, n. 4, p 755-768, 2002.

Cruz Razo, Juan Carlos. "Por una Defensoría Pública Nacional". *Revista del Instituto Federal de Defensoría Pública*, Número especial, p. 11-27, 2012.

Damaška, Mirjan. *The Faces of Justice and State Authority: A Comparative Approach to the Legal Process*. Yale: Yale University Press, 1986.

Di Federico, Giuseppe. "Recruitment, Professional Evaluation and Career of Judges and Prosecutors in Europe: Austria, France, Germany, Italy, the Netherlands and Spain". *Istituto di Ricerca Sui Sistemi Giudiziari*, Bologna, 2005.

Feeney, Floyd e Jackson, Patrick. "Public Defenders, Assigned Counsel, Retained Counsel: Does the Type of Criminal Defense Counsel Matter". *Rutgers Law Journal*, v. 22, n. 2, p. 361, 1991.

Garoupa, Nuno e Ginsburg, Tom. "Guarding the Guardians: Judicial Councils and Judicial Independence". Public Law and Legal Theory Working Paper N.º 250. The Law School. The University of Chicago, 2008.

_______ et al. "Political Influence and Career Judges: An Empirical Analysis of Administrative Review by the Spanish Supreme Court". *Journal of Empirical Legal Studies*, v. 9, Issue 4, p. 795-826, 2012. DOI:10.1111/j.1740-1461.2012.01270.x.

Goodman, Amy. "'Gideon's Army': Young Public Defenders Brave Staggering Caseloads, Low Pay to Represent the Poor. Democracy Now!". Vídeo online, 2013. Acesso em: 02 abr. 2016.

Guarnieri, Carlo. "Professional Qualification of the Judiciary in Italy, France and Germany". Global Corruption Report 2007, Transparency International, 2007.

Hanson, Roger et al. *Indigent Defenders Get the Job Done and Done Well. Study of the indigent defense systems in nine U.S. jurisdictions*. USA: National Center for State Courts, 1992.

Hartley, R. D. et al. "Do You Get What You Pay For? Type of Counsel and its Effect on Criminal Court Outcomes". *Journal of Criminal Justice*, v. 38, p. 1.063-1.070, 2010. DOI: 10.1016/j.jcrimjus.2010.07.009

Helmke, Gretchen. *Courts Under Constraints: Courts, Generals and Presidents in Argentina*. Cambridge: Cambridge University Press, 2005.

______ e Ríos-Figueroa, Julio. "Introduction. Courts in Latin America". In Ríos-Figueroa, Julio e Helmke, Gretchen. *Courts in Latin America*. Cambridge: Cambridge University Press, 2011.

Hilbink, Lisa. "The Constituted Nature of Constituents' Interests: Historical and Ideological Factors in Judicial Empowerment". *Political Research Quarterly*, v. 62, n. 4, p. 781-797, dez. 2009.

______. "The Origins of Positive Judicial Independence". *World Politics*, v. 64, n. 4, p. 587-621, 2012.

Hoffman, M. et al. "An Empirical Study of Public Defender Effectiveness: Self Selection by the Marginally Indigent". *Ohio State Journal of Criminal Law*, v. 3, p. 223-255, 2005.

Inegi – 2015. "Censo Nacional de Gobierno, Seguridad Pública y Sistema Penitenciario Estatales 2015". Disponível em: http://www.inegi.org.mx/ est/contenidos/proy ectos/censosgobierno/ cngspspe2015/default.aspx. Acesso em: fev. 2016.

Ingram, Matthew. "Crafting Courts in New Democracies. Ideology and Judicial Council Reform in Three Mexican States". *Comparative Politics*, The City University of New York, v. 44, n. 4, 2012.

Jalisco. México. *Entrevistas – Defensoria Pública em Jalisco. Tribunal Regional Penal no Centro Penitenciário de Puente Grande.* 14 Entrevistas, entre março e abril de 2015, 2015.

Kapiszewski, Diana. "Tactical Balancing: High Court Decision Making on Politically Crucial Cases". *Law and Society Review*, v. 45, n. 2, 2011. DOI: 10.1111/j.1540-5893.2011.00437.x

______. "Power Broker, Policy Maker or Rights Protector? The Brazilian Supremo Tribunal Federal in Transition". In Ríos-Figueroa, Julio e Helmke, Gretchen. *Courts in Latin America*. Cambridge: Cambridge University Press, 2011.

Kritzer, Humbert e Silbey, Susan (eds.). *In litigation: do the "haves" still come out ahead?* Stanford: Stanford University Press, 2004.

Lee Epstein, Jack Knight e Shvetsova, Olga. "The Supreme Court as a Strategic National Policymaker". *Emory Law Journal*, v. 50, n. 1, 2001.

Madeira, Mori Ligia. "Institutionalisation, Reform and Independence of the Public Defender's Office in Brazil". *Brazilian Political Science Review*, v. 8, n. 2, p. 48-69, 2014. DOI: 10.1590/1981-38212014000100011.

Mattei, Ugo e Pés, Luca G. "Civil Law and Common Law: Toward a Convergence?". In Keith, Whittington et al. *The Oxford Handbook of Law and Politics.* Oxford: Oxford University Press, 2008.

Melton, James e Ginsburg, Tom. "Does De Jure Judicial Independence Really Matter? A Reevaluation of Explanations for Judicial Independence". *Journal of Law and Courts*, 2014.

Merrymann, John Henry. *The Civil Law Tradition: An introduction to the Legal Systems of Western Europe and Latin America*. California: Stanford University Press, 1985.

México. *Constituição Méxicana, CPEUM – 1917.* Última emenda de 2014, 1917.

______. LOPS/JAL. *Ley Orgánica de la Procuraduría Social.* Estado de Jalisco, 2007.

______. *Constituição do Estado de Nuevo León.* Última emenda constitucional de 2009, 2009.

______. LIDP/NL. *Regulamentação da Ley del Instituto de Defensoría Pública*. Estado de Nuevo León, 2011.

______. LIDP/NL. *Ley del Instituto de Defensoría Pública*. Estado de Nuevo León. Última emenda em 2013, 2013.

______. *Constituição do Estado de Baja California Sur*. Última emenda constitucional de 2014, 2014a.

______. *Constituição do Estado de Jalisco*. Última emenda constitucional de 2014, 2014b.

______. LODP/BCS. *Ley Orgánica de la Defensoría Pública*. Estado de Baja California Sur, 2014c.

North, Douglass. *Institutions, Institutional Change and Economic Performance*. Cambridge: Cambridge University Press, 1990.

Nuevo León. México. *Entrevistas – Defensoria Pública em Nuevo León. Tribunal Regional Penal no Centro Penitenciário em Nuevo León.* 23 Entrevistas, entre março e abril de 2015, 2015.

Nunes, Rodrigo M. "Ideational Origins of Progressive Judicial Activism: The Colombian Constitutional Court and the Right to Health". *Latin American Politics and Society*, v. 52, n. 3, p. 67-97, 2010.

Owens, Ryan J. et al. "Nominating Commissions, Judicial Retention, and Forward-Looking Behavior on State Supreme Courts: An Empirical Examination of Selection and Retention Methods". *State Politics & Policy Quarterly*, p. 1-28, 2015.

Pfaff, John. "A Mockery of Justice for the Poor". *New York Times*, 2016. Disponível em: http://www.nytimes.com/2016/04/30/opinion/a-mockery-of-justice-for-the-poor. html?emc=eta1. Acesso em: maio 2016.

Phillips, Thomas. "The Merits of Merit Selection". *Harvard Journal of Law & Public Policy*, v. 32, n. 1, 2009.

Piana, Daniela. "Beyond Judicial Independence: Rule of Law and Judicial Accountabilities in Assessing Democratic Quality". *Comparative Sociology*, v. 9, p. 40-64, 2010.

Ríos-Figueroa, Julio. "Justicia Constitucional y Derechos Humanos en América Latina". *Revista Latinoamericana de Política Comparada*, p. 53-68, 2010.

______. "Institutions for Constitutional Justice in Latin America". In Ríos-Figueroa, Julio e Helmke, Gretchen. *Courts in Latin America.* Cambridge: Cambridge University Press, 2011.

Russell Fish, Carl. *The Civil Service and the Patronage*. New York: Russell & Russell INC., 1963.

Segal, Jeffrey e Spaeth, Harold. *The Supreme Court and the Attitudinal Model Revisited*. New York: Cambridge University Press, 2002.

Shapiro, Martín. *Courts: A Comparative and Political Analysis*. Chicago: University of Chicago Press, 1981.

Staton K., Jeffrey. *Judicial Power and Strategic Communication in Mexico.* New York: Cambridge University Press, 2010.

Steiker, Carol S. "Gideon's Problematic Promises". *Daedalus*, v. 143, Issue 3, p. 51-61, 2014.

Setec. "Implementación de la reforma penal". Disponível em: http://www.setec.gob.mx/. Acesso em: maio 2015.

Taylor, Clifford W. "Merit Selection: Choosing Judges Based on Their Politics Under The Veil Of A Disarming Name". *Harvard Journal of Law & Public Policy*, v. 32, n. 1, p. 97-101, 2008.

Tiede Brashear, Lydia. "Chile's Criminal Law Reform: Enhancing Defendants' Rights and Citizen Security". *Latin American Politics and Society*, v. 54, Issue 3, p. 65-93, 2012. DOI: 10.1111/j.1548-2456.2012.00165.x

Weigend, Thomas. *Criminal Procedure: Comparative Aspects*. In Joshua, Dressler. New York: Macmillan. p. 444-457, 2002.

Wheeler, Gerald R. e Wheeler, Carol L. "Reflections on Legal Representation of the Economically Disadvantaged: Beyond Assembly Line Justice Type of Counsel, Pretrial Detention, and Outcomes in Houston". *Crime and Delinquency*, v. 26, Issue 3, p. 319-332, 1980.

World Bank. "Poverty headcount ratio at national poverty lines (% of population)", 2012. Disponível em: http://data.worldbank. org/indicator/SI. POV.NAHC/ countries/MX?display= default. Acesso em: 23 mar. 2015.

Zepeda Lecuona, Guillermo. *Buenas prácticas en la implementación y operación del nuevo sistema de justicia penal en México*. Mexico: USAID, 2014.

______. *El fenómeno de la prisión preventiva en México bajo la vigencia del sistema de justicia penal de corte acusatorio. EnEl sistema acusatorio en México, Instituto de Investigaciones Jurídicas*. UNAM, 2017.

– 3 –
Mobilização do direito pelo Movimento Feminista: um estudo sobre o uso de estratégias jurídicas pelos movimentos sociais[1]

Fabiola Fanti

1 Introdução

O presente capítulo insere-se no campo de estudos que busca investigar o papel que o direito e as estratégias jurídicas desempenham na mobilização dos movimentos sociais, mais especificamente quando tais grupos utilizam-nos como ferramentas para promover mudanças sociais e políticas. Essa agenda de pesquisa partilha de um arcabouço teórico comum, o da mobilização do direito[2] (*legal mobilization*), e tem-se desenvolvido no Brasil principalmente a partir do início da década de 2010.

Não há uma definição consensual a respeito do que seja a mobilização do direito, mas, de maneira geral, o termo é usado para referir-se a "qualquer tipo de processo por meio do qual indivíduos ou atores coletivos invocam normas, discursos ou símbolos jurídicos para influenciar políticas públicas ou comportamentos"[3] (Vanhala, 2015). Assim, ela assume muitas outras formas, além do litígio nos tribunais.

---

1 Este capítulo é baseado em partes da minha tese de doutorado intitulada *Mobilização social e luta por direitos: um estudo sobre o movimento feminista*, orientada pela Prof.ª. Dr.ª. Luciana Ferreira Tatagiba e defendida em março de 2016, no Instituto de Filosofia e Ciências Humanas da Universidade Estadual de Campinas (IFCH/UNICAMP).

2 Para um panorama do desenvolvimento desse campo teórico, consultar Fanti (2017).

3 Tradução livre da autora.

Estudos mais recentes no âmbito dessa literatura têm debatido sobre a dinâmica do uso de estratégias jurídicas no contexto de organizações heterogêneas que formam o movimento social e como organizações que centram suas estratégias no litígio relacionam-se com as demais dentro de tal grupo (Levitsky, 2006, 2007). Questões como quais são os recursos necessários para a mobilização do Direito, assim como a necessidade da presença de advogados especializados no interior de tais organizações para o uso de estratégias jurídicas, também fazem parte dessa agenda de pesquisa (Vanhala, 2015).

O disseminado conceito de Charles Epp (1998) de "estrutura de suporte para a mobilização do direito" (*support structure for legal mobilization*) é bastante utilizado para a discussão da "dimensão organizacional" desse fenômeno. Para o autor, o processo de mobilização do Direito não é apenas uma resposta direta às oportunidades advindas de direitos constitucionalmente garantidos, Poder Judiciário independente, juízes ativistas e cidadãos conscientes de seus direitos, ela também depende de recursos que formam tal estrutura de suporte, que é composta por advogados com expertise em ações judiciais para a garantia de direitos, por organizações de defesa de direitos e recursos de financiamento (Epp, 1998, p. 17-18).

O termo "recursos" é empregado pelos estudiosos desse tema em sentido amplo e pode incluir o dinheiro e o tempo gastos para apoiar o litígio, conhecimento jurídico e níveis de "consciência de direitos" (Vanhala, 2015). Eles podem estar presentes como estruturas formais para o litígio dentro do movimento social ou são acessíveis por meio da colaboração com organizações externas ou advogados aliados a ele (Ruibal, 2015, p. 186).

A aliança com atores externos pode também permitir o desenvolvimento de estratégias jurídicas, mesmo que o movimento não possua uma estrutura própria para a mobilização do Direito. É possível que os movimentos construam alianças com advogados externos a ele e alcancem, assim, estratégias legais exitosas (Ruibal, 2015, p. 186-187).

Meyer e Staggenborg (1996) apontam que, quando organizações dos movimentos sociais reconhecem novas oportunidades institucionais, elas costumam desenvolver recursos e estruturas que as ajudam a agir nessas arenas. Dessa maneira, grupos que elegem o litígio como estratégia de ação costumam desenvolver a especialização e a profissionalização necessárias para atuar no Poder Judiciário (apud Ruibal, 2015).

Em contextos como o latino-americano, em que houve mudanças institucionais recentes, entre as quais, processos de reforma judicial e o fortalecimento das cortes, é de se esperar que as organizações dos movimentos sociais mais profis-

sionalizadas desenvolvam estratégias jurídicas, ou que os movimentos comecem a criar estruturas próprias visando à mobilização do Direito (Ruibal, 2015).

Nesse debate, Vanhala (2006) destaca a necessidade de investigar o fenômeno da mobilização do Direito "debaixo para cima", em uma perspectiva centrada na agência dos atores sociais, e não apenas em fatores conjunturais e externos a eles, que incentivam ou não sua ação. Isso porque a presença desses fatores não é suficiente para explicar a mobilização do direito pelos movimentos sociais na medida em que tendem a ignorar a dinâmica interna das organizações que o formam ao não considerar que ela pode exercer uma influência importante no conjunto de opções estratégicas e nas táticas adotadas (Vanhala, 2011, p. 21-22).

A autora menciona como exemplo que transformações internas na identidade ou valores das organizações que compõem o movimento social ou o surgimento de novos grupos com discursos mais conectados à conquista de direitos, que consideram os tribunais a arena adequada para tanto, podem aumentar a possibilidade de seu engajamento em litígio como forma de ação (Vanhala, 2006).

Feito esse breve panorama da literatura, o objetivo deste capítulo é investigar a relação entre a estrutura organizativa dos grupos que formam o movimento social e a mobilização do direito por eles realizada, com ênfase nas formas direcionadas ao Poder Judiciário. Como caso empírico analisado, foi escolhido para o estudo o movimento feminista na cidade de São Paulo. A partir dele, a ideia é explorar a conexão entre a existência de uma "estrutura de suporte para a mobilização do direito", ou seja, dos recursos disponíveis para o emprego de estratégias jurídicas e advogados especializados, e o fato das organizações do movimento feminista direcionarem suas estratégias ao Poder Judiciário[4].

Desse modo, os itens que se seguem pretendem apresentar um panorama das características organizacionais gerais dos grupos que formam o movimento feminista na cidade de São Paulo e a presença de estruturas jurídicas e advogados especializados dentro deles. A terceira seção aponta as formas de mobilização do direito dessas organizações direcionadas ao Poder Judiciário a fim de compreender como se dá a relação entre estrutura organizativa e estratégias jurídicas. Na conclusão, estão conectadas ambas as dimensões, buscando compreender a relação entre elas.

---

[4] Para este capítulo, optou-se por discutir a questão apenas em relação à mobilização do direito no Poder Judiciário, na medida em que um recorte era necessário pela limitação de espaço. Para um panorama mais completo das diversas formas de mobilização do direito realizada pelo movimento feminista, consultar Fanti (2016).

2 Estrutura Organizacional do Movimento Feminista na cidade de São Paulo

Para investigar o objeto proposto neste capítulo, em um primeiro momento, foram mapeadas as principais organizações que formam o movimento feminista na cidade de São Paulo. Dado que o tema estudado é pouco explorado empiricamente, optou-se pela coleta de dados qualitativos por meio de entrevistas semiestruturadas. Das 30 organizações identificadas[5], 21 foram entrevistadas (vide tabela 1), quatro não existem mais, e cinco não se dispuseram a participar. Assim, foram realizadas 31 entrevistas em profundidade com 24 integrantes das organizações identificadas, entre novembro de 2014 e julho de 2015, somando um total de um pouco mais de 50 horas. Preferiu-se entrevistar os/as coordenadores/as e/ou advogados/as das organizações, o que nem sempre foi possível. De maneira geral, as próprias organizações indicaram as integrantes que seriam entrevistadas.

Tabela 1 – Organizações entrevistadas e formas organizacionais das entrevistadas

Organizações entrevistadas pela pesquisa		
Tipo	**Nome da Organização**	**Número**
Organização Não Governamental (ONG)	AMZOL – Associação de Mulheres da Zona Leste Associação de Mulheres pela Paz Católicas pelo Direito de Decidir Centro de Informação Mulher – CIM Coletivo Feminista Sexualidade e Saúde ECOS – Comunicação em Sexualidade Elas por Elas Geledés – Instituto da Mulher Negra Instituto Patrícia Galvão Observatório Mulher e Mídia Oficina dos Direitos da Mulher Rede Mulher de Educação SOF – Sempreviva Organização Feminista União de Mulheres de São Paulo	14

[5] Não foram inseridos no mapeamento alguns tipos de organização que, de alguma forma, fazem parte do campo feminista em São Paulo, tais como: os setoriais de mulheres pertencentes a partidos políticos; organizações ligadas à Prefeitura de São Paulo que fazem parte da rede de enfrentamento à violência contra as mulheres do município e que compõe a política de aplicação da Lei Maria da Penha; e os coletivos feministas presentes nas universidades e coletivos de bairros periféricos de São Paulo.

Articulação Nacional ou Internacional	Articulação de Mulheres Brasileiras Marcha Mundial de Mulheres Movimento Mulheres em Luta Rede Mulher e Mídia União Brasileira de Mulheres Comitê Latino-Americano e do Caribe para a Defesa dos Direitos da Mulher – CLADEM	06
Coletivo	Marcha das Vadias	01

Fonte: A autora.

A partir das entrevistas realizadas, pode-se dizer que as organizações que formam o movimento feminista em São Paulo são heterogêneas em sua forma organizacional e estrutura interna. Entre as organizações pesquisadas, há desde aquelas organizações não governamentais (ONGs) profissionalizadas, com estrutura material (possuem sede própria ou alugada), de pessoal (possuem equipe, em geral, contratada, com setor administrativo e, em alguns casos, setor de comunicação) e financeira (possuem formas de financiamento advindas de fontes internacionais ou nacionais para suas atividades), tais como o Geledés, o Instituto Patrícia Galvão, as Católicas pelo Direito de Decidir, a Associação de Mulheres pela Paz, a SOF e a ECOS, até organizações com pouco ou nenhum recurso material e financeiro, como a AMZOL, o CIM, o Coletivo Feminista Sexualidade e Saúde, a Elas por Elas, a Oficina dos Direitos da Mulher, o Observatório dos Direitos da Mulher, a Rede Mulher de Educação e a União de Mulheres de São Paulo. Dada a escassez de recursos, neste último caso, as integrantes trabalham de forma voluntária e, em geral, dedicam apenas parte do seu tempo às atividades da organização.

Entre as organizações que possuem sede em São Paulo, mas fazem parte de articulações de âmbito nacional ou internacional, também é possível observar uma heterogeneidade no que diz respeito à estrutura e aos recursos financeiros, humanos e materiais. Assim, o Comitê Latino-Americano e do Caribe para a Defesa dos Direitos da Mulher (CLADEM), apesar de fazer parte de importante rede feminista da América Latina e Caribe, não tem sede própria, conta com poucos recursos e suas integrantes, quase todas advogadas, atuam de forma voluntária. O mesmo acontece com a Rede Mulher e Mídia, com a diferença de que essa é uma rede que trabalha em âmbito nacional.

Outras articulações, como o Movimento Mulheres em Luta e a União Brasileira de Mulheres, possuem estrutura física (sede própria ou alugada) e financiamento de suas atividades. Contudo, suas integrantes atuam de forma

voluntária. Tanto a Articulação de Mulheres Brasileiras como a Marcha Mundial de Mulheres têm sua estrutura física, humana e de recursos bastante ligada às das organizações que formam a articulação.

A Marcha das Vadias, único coletivo entre as entrevistadas, possui as características em geral encontradas nesse tipo de organização: não possui sede (no momento da entrevista fazia suas reuniões na União de Mulheres de São Paulo), suas atividades são financiadas com poucos recursos coletados com atividades realizadas para tanto e não possui hierarquia interna entre suas integrantes.

3 Estrutura jurídica

Na introdução desse artigo, mostrou-se como a literatura considera relevante a presença de advogados ou juristas no interior das organizações de movimento social ou entre seus aliados para que a mobilização do direito ocorra. Isso porque eles trazem recursos importantes aos movimentos sociais, incluindo habilidades profissionais, conhecimentos sobre o Direito, o Poder Judiciário e legitimidade, que são vitais para navegar as complexidades do sistema jurídico (Boutcher e Stobaugh, 2013). Posto isso, por meio das entrevistas, foi investigada a presença ou ausência de advogados/as nas organizações e seus *status*, se contratados ou voluntários, se integrantes das organizações ou de grupos próximos a elas.

Das 21 organizações entrevistadas, 15 afirmaram ter advogados/as em seus quadros ou em seu círculo mais próximo de relações (tabela 2). Destas, apenas o Geledés possui um centro jurídico estruturado e profissionalizado, com dois advogados[6] e um estagiário, todos remunerados. Outras integrantes possuem formação jurídica, mas não se dedicam a atividades nessa área dentro da organização. Assim, com exceção desse caso, todas as outras 14 organizações possuem advogados entre seus integrantes ou em seus círculos próximos, que trabalham de forma voluntária.

Mais da metade do total das organizações entrevistadas, mais precisamente 11 delas, possui advogados entre seus integrantes. Estes não necessariamente se dedicam a atividades jurídicas dentro da organização. Dentre elas, destaca-se o CLADEM, que é composto majoritariamente por advogadas que realizam um trabalho propriamente ligado ao direito e às cortes. A Elas por Elas, a Oficina de Direitos da Mulher, a União Brasileira de Mulheres e a União de Mulheres

[6] O Geledés, por não trabalhar apenas com questões de gênero, mas também com questões de raça, foi a única das organizações entrevistadas que possuía um advogado homem.

de São Paulo têm coordenadoras juristas. A AMZOL, a Articulação Mulheres Brasileiras, a Marcha das Vadias, o Movimento Mulheres em Luta e a Rede Mulher de Educação possuem advogadas entre as suas integrantes.

Tabela 2 –Presença de advogados/as nas organizações entrevistadas

Presença de advogados nas organizações entrevistadas		
	Nº de organizações	**Nome das organizações**
Advogado/a contratado	01	Geledés
Advogado/a membro da organização	10	AMZOL Articulação de Mulheres Brasileiras CLADEM Elas por Elas Marcha das Vadias Movimento Mulheres em Luta Oficina dos Direitos da Mulher Rede Mulher de Educação União Brasileira de Mulheres União de Mulheres de São Paulo
Advogado/a próximo à organização	03	Associação Mulheres pela Paz Católicas pelo Direito de Decidir Rede Mulher e Mídia
Não possuem advogado/a	07	Centro de Informação Mulher Coletivo Feminista Sexualidade e Saúde ECOS Instituto Patrícia Galvão Marcha Mundial das Mulheres Observatório Mulher e Mídia SOF

Fonte: A autora.

Três das 21 organizações mencionaram contar com advogadas em suas redes de relação mais próxima. São elas: a Associação Mulheres pela Paz, as Católicas pelo Direito de Decidir e a Rede Mulher e Mídia. Interessante notar que, em dois dos casos, tais advogadas também fazem parte do movimento feminista de São Paulo (e estão entre as identificadas e entrevistadas por esta pesquisa).

No caso da Associação Mulheres pela Paz, a entrevistada mencionou poder contar com o apoio jurídico das coordenadoras da Elas por Elas e da União de Mulheres de São Paulo, parceiras em projetos que a organização realiza. No caso

das Católicas pelo Direito de Decidir, além de ter contato com organizações que prestam assessoria jurídica quando necessário, a entrevistada mencionou ter advogados/as em seu conselho consultivo, entre eles, a coordenadora da Oficina dos Direitos da Mulher.

Uma parceria entre as duas deu origem a um *amicus curiae* apresentado pelas Católicas na Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental 54 (ADPF 54). A ECOS, apesar de nas entrevistas realizadas com duas de suas integrantes ter mencionado não possuir advogadas em sua equipe, nem em grupos próximos a ela, apresentou um *amicus curiae* conjuntamente com o CLADEM e outras organizações. Ambos os casos serão explorados mais adiante.

Boa parte das entrevistadas mencionou que as advogadas integrantes da organização ou pertencentes aos seus contatos próximos, muitas vezes, são acionadas quando uma situação concreta exige sua presença. Por exemplo, advogadas membros da Marcha das Vadias já foram chamadas para auxiliar integrantes que haviam sido detidas durante a manifestação anual do grupo ou quando a organizadora de um dos atos foi intimada pela justiça por não ter comunicado às autoridades responsáveis a sua realização.

A Marcha das Vadias também tem contato próximo com o grupo Advogados Ativistas, formado em junho de 2013 para dar apoio jurídico aos manifestantes presos nos protestos ocorridos naquele período. Já as Católicas pelo Direito de Decidir acionaram advogados/as de sua rede de contatos em um caso no qual uma de suas integrantes foi processada por apologia ao crime de aborto. Nesses casos, a contribuição de tais advogadas seria mais para a defesa na esfera penal das integrantes do que na busca de se concretizarem as reivindicações de forma propositiva por meio de estratégias jurídicas.

As advogadas integrantes ou aliadas próximas à organização também auxiliam na compreensão de questões jurídicas em pauta no grupo ou em debate na sociedade. Assim, por exemplo, elas foram chamadas para ajudar no entendimento do Projeto de Lei (PL) 478/2007 chamado de "estatuto do nascituro"[7] ou

---

[7] "Estatuto do nascituro", como ficou conhecido o Projeto de Lei (PL) 478/2007, equiparava o nascituro ao indivíduo já nascido, atribuindo a ele a condição de sujeito pleno de direitos. Essa proteção jurídica concedida ao feto antes do nascimento, desde a concepção, se aprovada, impossibilitaria as formas de aborto permitidas pela legislação brasileira. Em junho de 2013, o PL 478/2007 foi aprovado na Comissão de Finanças e Tributação da Câmara dos Deputados, fazendo com que mulheres organizassem mobilizações nacionais contra o "estatuto".

para analisar a legislação relacionada à prostituição, assim como outras questões legais e jurídicas que envolvem pautas do movimento feminista.

Essas consultas e pedidos de orientação são feitos em debates internos da própria organização, mas também por meio de eventos preparados para isso. As advogadas também são consultadas para questões de formalidades jurídicas das organizações, como, por exemplo, a revisão de seus estatutos.

Outras organizações, principalmente aquelas que não contavam com advogados/as entre suas integrantes nem nos contatos próximos, disseram ter relações importantes com membros da Defensoria Pública (DP) e do Ministério Público (MP). Assim, muitas delas buscam neles aliados para questões relacionadas ao direito. Isso pode ocorrer, por exemplo, por meio de denúncias para o MP e encaminhamento de mulheres que precisam de assistência jurídica para a Defensoria.

Essas instituições também podem dar apoio para pautas das organizações quando seus membros são aliados próximos. Eles podem ser chamados a participar de seminários e pesquisas por elas promovidas e, até mesmo, de articulações e campanhas promovidas por uma ou por um conjunto de organizações dos movimentos feministas. Nesse caso, destaca-se o Núcleo dos Direitos da Mulher da Defensoria Pública de São Paulo (NUDEM), que tem especial proximidade com o movimento feminista na cidade de São Paulo.

4 Estratégias de ação e mobilização do direito

Feita essa breve apresentação das características organizacionais e da presença de estruturas jurídicas e de advogadas especializadas nos grupos que formam o movimento feminista na cidade de São Paulo, pretende-se agora sistematizar quais são as estratégias de ação do movimento feminista direcionadas ao Poder Judiciário que mobilizam o direito identificadas a partir das entrevistas realizadas.

Tais estratégias são bastante variadas e foram reunidas em dois grupos para melhor compreendê-las: as *formas institucionais*, que são realizadas por meio de ações ou mecanismos judiciais existentes; e as *formas não institucionais*, que se aproximam de estratégias de ação mais tradicionais dos movimentos sociais e não se utilizam de meios formais estabelecidos. As primeiras são o litígio individual, a orientação jurídica, o litígio coletivo, o litígio internacional, o *amicus curiae* e a participação em audiências públicas. As segundas são o *lobby* no Poder Judiciário e a influência por meio da argumentação (tabela 3).

Tabela 3 – Formas de mobilização do direito no Poder Judiciário

Formas de mobilização do direito no Poder Judiciário	
Formas institucionais	**Formas não institucionais**
Litígio individual	Lobby no Poder Judiciário
Orientação jurídica	Influência por meio da argumentação
Litígio coletivo	
Litígio Internacional	
Amicus curiae	
Participação em audiência pública	

Fonte: a autora.

A primeira forma institucional de mobilização do direito direcionada ao Poder Judiciário é o *litígio individual*, no qual há a proposição de ações judiciais pela organização em nome das pessoas que a procuram como forma de promover acesso à justiça. Em um primeiro momento, essa forma de litígio parece ser apenas um tipo de encaminhamento de questões rotineiras das mulheres atendidas.

Contudo, o litígio individual tem a importante função estratégica de constituir um conjunto de decisões judiciais em consonância com a agenda do movimento feminista. Tal jurisprudência é fundamental, por exemplo, para que o movimento e seus aliados tenham mais chance de sucesso em litígios no Supremo Tribunal Federal, que podem ter grande impacto na sociedade e no sistema jurídico.

Identificaram-se três experiências de estratégias voltadas ao litígio individual que, apesar de não existirem mais, representaram relevantes formas de mobilização do direito pelo movimento feminista: a AMZOL e a União de Mulheres trabalharam com o tema da violência doméstica, e o Geledés, com a interface entre questões de raça e gênero, com ênfase em questões que envolviam racismo.

No último caso, desde 1992, a organização possui um programa denominado "SOS Racismo", que inicialmente atendia e ajuizava ações em todos os casos de racismo oriundos da cidade de São Paulo que chegavam a ele. A partir de 2001, houve uma mudança na estratégia jurídica da organização: ela passou a focar o litígio internacional. Desde então, no âmbito nacional, o Geledés trabalha apenas com casos que tenham um potencial paradigmático nos tribunais.

Com a experiência acumulada ao longo dos anos, o Departamento Jurídico também capacita outras organizações a trabalharem com os casos de racismo na

esfera cível e penal dentro do Poder Judiciário, auxiliando-os a formar projetos com o mesmo escopo do SOS Racismo.

No caso da AMZOL, o processo envolvendo essa forma de mobilização do direito foi diverso. A organização possuía um centro jurídico, denominado Centro Jurídico Maria Miguel, fundado em 1996 e financiado pela Procuradoria Geral do Estado (PGE)[8]. O Centro, que foi criado após as integrantes da AMZOL terem realizado um curso de Promotoras Legais Populares, era composto por três advogados/as e três estagiários/as e atendeu a mais de 15 mil mulheres durante o período em que funcionou – de 1996 a 2005.

Em 2004, a Procuradoria Geral do Estado deixou de fornecer os recursos para o Centro, que exerceu suas atividades por mais um ano. Hoje, os casos jurídicos que chegam até a organização são encaminhados para a Defensoria Pública ou para as outras organizações da região que fazem esse tipo de atendimento, como a Casa de Isabel e a Casa Helenira Rezende.

A AMZOL, conjuntamente com a União de Mulheres de São Paulo, esteve envolvida no movimento pela criação da Defensoria Pública, em muito pelo fato de que o Centro Jurídico não suportava a demanda que a ele chegava. O Centro Jurídico Maria Miguel foi um dos primeiros desse tipo a ser organizado na Zona Leste e acabou servindo de inspiração para outros que vieram depois.

De forma menos estruturada, a União de Mulheres de São Paulo também fez atendimento jurídico, com a proposição de ações judiciais, em vários momentos de sua história, sempre com advogadas voluntárias. O primeiro período em que a organização realizou esse trabalho foi entre 1984 e 1986. Várias reivindicações legais que a União de Mulheres levou para as reuniões preparatórias da Assembleia Constituinte foram identificadas durante essa fase de atendimento jurídico. Outro período aconteceu nos anos 1990, fruto dos cursos de Promotoras Legais Populares que a organização passou a oferecer em 1994, ocasião na qual as próprias mulheres formadas o realizavam.

Durante os anos 2000, a União de Mulheres também promoveu atendimento jurídico antes e depois da promulgação da Lei Maria da Penha[9] – o intervalo que vai de 2006 a 2008 é o último desse tipo de atividade. A partir de

---

[8] A Procuradoria Geral do Estado era o órgão que realizava parte do atendimento jurídico às pessoas que não tinham condição de pagar um advogado e era pobre na acepção jurídica do termo antes da criação da Defensoria do Estado de São Paulo em 2006.

[9] Lei n.º 11.340, de 7 de agosto de 2006, que criou mecanismos para coibir a violência doméstica e familiar contra a mulher.

então, as integrantes da organização avaliaram que seria melhor conhecer tal Lei com mais profundidade e exigir do Estado a implantação da rede de atendimento nela prevista. Conjuntamente, em 2008, iniciaram o curso “Maria Marias”, que promove educação popular jurídico-feminista para mulheres sobre a Lei Maria da Penha.

A *orientação jurídica* é outra forma de mobilização do direito identificada nas entrevistas. Essa atividade, realizada pela Oficina dos Direitos da Mulher, consiste em orientar mulheres a respeito de seus direitos e de quais são os órgãos competentes para o atendimento de suas demandas. A organização realiza atendimento multidisciplinar, nos planos da assistência social, psicológica e jurídica, principalmente em demandas relacionadas à violência doméstica.

Quando há necessidade de se propor uma ação no Poder Judiciário, as mulheres atendidas são encaminhadas para a Defensoria Pública. A Oficina ainda tira dúvidas sobre os direitos das mulheres em um programa de rádio, na internet ou via e-mail, e também é procurada pela mídia para esclarecer ou debater questões nesse âmbito. Há também na orientação jurídica uma tentativa de produzir-se uma interpretação do direito existente favorável à agenda feminista.

Desde os anos 1980, tanto o litígio individual quanto a orientação jurídica são atividades tradicionais de atendimento à mulher feitas pelo movimento feminista, tendo surgido pela primeira vez no formato do “SOS Mulher”[10]. Contudo, essas são atividades que têm diminuído com o passar do tempo. Das experiências relatadas acima, apenas a Oficina de Direitos da Mulher ainda a realiza.

O centro jurídico do Geledés ainda existe, mas atualmente se dedica ao litígio internacional. A provável explicação para esse declínio é a criação da Defensoria Pública de São Paulo, que tem como função propor ações judiciais em nome de pessoas que não podem pagar por um advogado. Além disso, a criação da rede de atendimento da Lei Maria da Penha também se ocupa de realizar atendimentos jurídicos a mulheres vítimas de violência doméstica, que era uma grande demanda desses centros jurídicos.

---

[10] O SOS Mulher foi a primeira experiência de atendimento às mulheres vítimas de violência realizada pelo movimento feminista. O primeiro SOS Mulher surgiu em São Paulo, nos anos 1980, e depois foi replicado em vários outros locais do Brasil. Essas organizações “eram autônomas e tinham como objetivo atender as mulheres vítimas de violência, com um serviço voluntário de psicólogas e advogadas. Além de atender a mulher, faziam grupos de reflexão sobre a questão da violência e procuravam os meios de comunicação para promover o debate junto à opinião pública” (Teles, 1999, p. 130).

Outra forma de mobilização do direito direcionada ao Poder Judiciário é o *litígio coletivo*. De acordo com as entrevistadas, ele se dá principalmente no tema da mídia, quando organizações feministas buscam tirar de circulação casos de propagandas publicitárias ou programas televisivos de cunho machista ou homofóbico. Um dos casos relatado nas entrevistas foi o do Movimento Mulheres em Luta, que, em parceria com o Sindicato dos Metroviários, entrou com uma ação coletiva contra a Rede Globo por causa do programa "Zorra Total". Nesse caso, o advogado que propôs a ação fazia parte do Sindicato, e o Movimento Mulheres em Luta trabalhou, principalmente, em uma campanha contra esse programa.

Também o Observatório dos Direitos da Mulher, o Instituto Patrícia Galvão e a Marcha Mundial das Mulheres já fizeram denúncias para o Ministério Público sobre propagandas publicitárias e programas televisivos com conteúdo que feriam os direitos da mulher. Em alguns desses casos, tais denúncias deram origem a ações judiciais propostas pelo MP.

No âmbito dos direitos reprodutivos, o CLADEM e as Católicas pelo Direito de Decidir articularam-se a outras organizações do movimento feminista[11] e da sociedade e elaboraram representações entregues ao Ministério Público, em 2008 e 2009, para que fossem tomadas providências contra duas leis municipais, uma de Jundiaí e outra de Vargem Grande[12], que restringiam a distribuição de contraceptivos de emergência com o argumento de que o medicamento tinha caráter abortivo. As representações deram origem a duas Ações Diretas de Inconstitucionalidade contra tais leis municipais, propostas pelo Ministério Público. As duas leis foram julgadas inconstitucionais pelo Tribunal de Justiça de São Paulo em 2009 e 2010.

Pode-se dizer que, em casos de litígio coletivo, que, em geral, envolvem ações civis públicas ou outras ações judiciais mais complexas, como Ações Diretas de Inconstitucionalidade de lei municipal, as organizações do movimento feminista têm contado com o Ministério Público ou com aliados (como no caso do Sindicato dos Metroviários) para a sua propositura. Dessa forma, mesmo quando não possuem advogados/as em seus quadros, é possível que essas organizações utilizem o Poder Judiciário como forma de mobilizar o direito por meio de par-

---

[11] Uma dessas organizações foi a Comissão de Cidadania e Reprodução (CCR), também presente no mapeamento realizado nesta pesquisa, mas cujas representantes não puderam conceder entrevista a esta pesquisa.

[12] Lei Municipal n.º 7.025/2008, de Jundiaí, e Lei Municipal n.º 424/2006, de Vargem Grande.

ceria com outras organizações da sociedade, ou pelo acionamento do Ministério Público, ou que atuam como seus aliados.

O *litígio internacional*, acompanhado da atuação em órgãos internacionais, é outra forma de mobilização do direito utilizada pelo movimento feminista. Ele estaria enquadrado na chamada "mobilização transnacional do direito", na qual as "mobilizações do Direito vão além das fronteiras do Estado-nação" e são usados os tribunais supranacionais para realizá-la, como, por exemplo, a Corte Interamericana de Direitos Humanos (Santos, 2012, p. 14).

A mobilização transnacional do direito também ocorre quando os movimentos sociais de âmbito nacional e internacional "incorporam em seu repertório de ação os valores, os ideais e as concepções globalizadas de direitos humanos" (Santos, 2012, p. 14). O objetivo de tal "ativismo jurídico internacional" não é apenas o de resolver casos individuais, mas também de "(re)politizar ou (re) legalizar a política de direitos humanos ao provocar as cortes internacionais ou sistemas quase judiciais de direitos humanos e levá-los a agirem diante das arenas jurídicas e políticas nacionais e locais" (Santos, 2007, p. 28).

Esta é uma forma de mobilização do direito importante no contexto das estratégias do movimento feminista, que surtiram efeitos no avanço de sua agenda, com ênfase no caso da violência contra a mulher. As organizações entrevistadas que relataram utilizar-se dessa tática são o Geledés, o CLADEM e a União de Mulheres de São Paulo.

No caso do Geledés, como apontado anteriormente, houve uma mudança na estratégia jurídica da organização, que passou a focar sua atuação na esfera internacional a partir do início dos anos 2000. A organização participa de audiências temáticas na Comissão Interamericana de Direitos Humanos e de reuniões da Comissão de Assuntos Jurídicos e Políticos, com o objetivo de aprovar uma futura convenção de combate ao racismo, ambas da Organização dos Estados Americanos (OEA) e possui *status* consultivo na mesma instituição.

Além dessas atividades, já apresentou cinco casos na Comissão Interamericana da OEA, sendo que dois já passaram da fase de admissibilidade e três ainda estão nela. Também já recorreram à ONU por meio do Comitê para Eliminação da Discriminação Racial (CERD). Nesse caso, o Geledés apresenta ao Comitê relatórios com um panorama de questões raça e gênero no Brasil, abordando, por exemplo, temas como as políticas públicas e a legislação existente (ou que deveria existir) e em que medida elas são efetivas.

O CLADEM também tem como um dos seus eixos centrais de atuação o litígio internacional. E, ao contrário do Geledés, cujo departamento jurídico iniciou seus trabalhos no Poder Judiciário brasileiro e depois passou a atuar no plano externo, o CLADEM já utiliza o litígio internacional como estratégia de atuação há mais de 20 anos. Assim, a organização apresentou três casos no Comitê de Direitos Humanos da ONU e sete na Comissão Interamericana de Direitos Humanos da OEA, a partir de seis países da América Latina, em aliança com outras organizações.

Também possui *status* consultivo na ONU desde 1995 e reconhecimento para participar nas atividades da OEA desde 2002[13]. Em um artigo de 2011, no qual faz um balanço do litígio internacional da rede nas últimas duas décadas, a brasileira Valéria Pandjiarjian (2011, p. 46), que foi coordenadora do programa de litígio internacional do CLADEM, de 2007 até recentemente, aponta que um dos principais objetivos dessa forma de mobilização do direito é que "se inclua uma perspectiva de gênero na jurisprudência dos organismos de supervisão dos tratados internacionais de direitos humanos".

O CLADEM Brasil apresentou dois casos à Comissão Interamericana de Direitos Humanos da OEA: o primeiro, proposto em 1996, conjuntamente com a União de Mulheres de São Paulo, o Centro Para Justiça e o Direito Internacional (CEJIL)[14] e a *Human Rights Watch*[15]; e o segundo, proposto em 1998, conjuntamente com a vítima, Maria da Penha, e o CEJIL.

O caso Maria da Penha, como ficou conhecido, foi proposto com o argumento de que o governo brasileiro cometeu falhas e omissões em proporcionar acesso à justiça no caso de violência doméstica sofrido pela propositora. Tal caso foi um litígio internacional bem sucedido na questão de gênero: em 2001, o Brasil foi responsabilizado pela Corte Interamericana por omissão, negligência e tolerância em relação à violência doméstica contra as mulheres brasileiras[16]. A

[13] Informações obtidas no site da instituição, disponível em: www.cladem.org e acessado em: 11 de junho de 2014, e no artigo de Pandjiarjian (2011).

[14] Organização da sociedade que trabalha com litígio internacional de direitos humanos, sediada no Rio de Janeiro.

[15] A *Human Rights Watch* é uma organização não governamental que atua internacionalmente para a defesa de direitos humanos desde o final da década de 1970, e tem sede em várias cidades do mundo.

[16] O caso Maria da Penha foi bastante relatado na bibliografia nacional. Como se sabe, ele resultou na criação de uma Lei de mesmo nome para combater a violência doméstica no Brasil. Como não

decisão da Corte deu força ao movimento para a criação de uma lei de combate à violência doméstica no Brasil, o que acabou acontecendo em 2006, a partir da mobilização do movimento social em uma aliança com o Estado (Maciel, 2011; Santos, 2010).

O outro caso, também relacionado à violência contra a mulher, foi levado à União de Mulheres de São Paulo pela irmã da vítima. Tratava-se do assassinato de Márcia Cristina Leopoldi, por seu namorado, José Antônio Brandão do Lago, no qual o assassino foi condenado pela primeira vez à pena de cinco anos de reclusão. Após intensa mobilização da União de Mulheres de São Paulo em torno do caso, que foi foco da campanha promovida pela organização denominada "A impunidade é cúmplice da violência", realizada em 1992, o agressor foi levado a um segundo julgamento, no qual foi condenado a 15 anos de reclusão.

Ele chegou a ser preso, mas fugiu após um *habeas corpus* que permitiu que ele aguardasse em liberdade o julgamento do recurso que havia interposto. Ele chegou a ser condenado em 1993, mas já estava foragido. Diante dessa situação, o caso foi denunciado perante a Comissão Interamericana de Direitos Humanos, em 1996, pela União de Mulheres em parceria com o CLADEM, o CEJIL e a *Human Rights Watch*.

No mesmo ano, a Comissão Interamericana pediu informações ao governo brasileiro, que respondeu dizendo não ter responsabilidade pela fuga do condenado e que estava buscando prendê-lo. Em 2004, a Comissão pediu informações sobre a situação do caso às autoras, que buscavam provar que o Estado era ineficaz ao não ter conseguido capturá-lo. Por fim, o caso acabou não sendo aceito pela Corte Interamericana de Direitos Humanos.

Ainda dentro das formas institucionais de mobilização do direito, pode-se dizer que mais recentemente o Supremo Tribunal Federal (STF) tem adotado instrumentos de participação da sociedade em seus julgamentos: o *amicus curiae* e as *audiências pública*s. Tais instrumentos mostram-se importantes na medida em que, apesar de a Constituição Federal de 1988 ter aumentado o rol de atores políticos e sociais legitimados a propor ações de controle de constitucionalidade[17] no SFT, não foram incluídos entre eles os movimentos sociais.

é objetivo deste trabalho relatar em detalhes o caso, a despeito da sua importância, para uma descrição mais aprofundada de todo o processo, consultar Maciel (2011) e Pandjiarjian (2011).

[17] Segundo o artigo 103 da Constituição Federal de 1988, há três tipos de ação para questionar a constitucionalidade de leis e políticas públicas: Ação Direta de Inconstitucionalidade

Tanto o *amicus curiae* como as audiências públicas mostram-se mecanismos fundamentais para a participação de tais grupos nesse tipo de ação judicial. Sua existência permite que os movimentos sociais participem de ações que lhe são relevantes do ponto de vista de sua agenda política (Ruibal, 2015), havendo a possibilidade de eles influenciarem no julgamento ou mesmo na argumentação dos ministros do STF[18]. Tanto o *amicus curiae* como as audiências públicas foram utilizadas como formas de mobilização do direito pelo movimento feminista.

As organizações feministas entrevistadas valeram-se do *amicus curiae* em dois planos: o nacional, apresentado em ações de controle de constitucionalidade propostas no STF; e o internacional, apresentado em casos que tramitam em órgãos internacionais da ONU e do Sistema Interamericano de Direitos Humanos da OEA[19].

O CLADEM utilizou do *amicus curiae* no plano internacional e no plano nacional. No plano internacional[20], o *amicus* foi oferecido no caso Alyne da Silva Pimentel, em 2010, que envolvia a questão da mortalidade materna e foi apresentado como uma comunicação individual pela mãe da vítima[21], em 2007, perante o Comitê das Nações Unidas sobre a Eliminação da Discriminação contra a Mulher, conhecido como Comitê CEDAW[22], denunciando o Estado

---

(ADI), Ação Declaratória de Constitucionalidade (ADC) e Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF).

[18] Tanto o *amicus curiae* como a audiência pública são instrumentos processuais que permitem que organizações da sociedade que tenham conhecimento e representatividade a respeito de determinado tema tratado em um litígio possam manifestar sua opinião, fornecendo informações sobre questões complexas que fogem da esfera jurídica como forma de auxiliar os julgadores a decidirem a causa. Essa intervenção pode se dar nas ações de controle de constitucionalidade que estiverem sendo julgadas pelo Supremo Tribunal Federal. No caso do *amicus curiae*, a manifestação é documental, feita após o pedido de partição no processo ser deferido pela corte, e da audiência pública, a manifestação é oral e presencial, com dia, hora e local pré-determinados pelo tribunal.

[19] Esse tipo de *amicus curiae* apresentado em órgãos internacionais também é uma forma do que Santos (2012) chama de "mobilização transnacional do direito".

[20] De acordo com a entrevistada, outros três *amici curiae* foram apresentados por países que fazem parte da rede do CLADEM.

[21] A mãe da vítima foi representada pelo *Center for Reproductive Rights* e pela ADVOCACI – Advocacia Cidadã pelos Direitos Humanos –, organizações do movimento feminista localizadas na cidade do Rio de Janeiro.

[22] O Brasil ratificou a Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Contra a Mulher (CEDAW) em 1984, e seu protocolo Facultativo, em 2002.

brasileiro por violação do acesso à justiça, do direito à saúde sem discriminação e do direito à vida.

Em 2011, o Comitê CEDAW emitiu uma resolução na qual estabeleceu que os Estados são obrigados a garantir às mulheres de seu país que tenham acesso a serviços adequados e não discriminatórios de saúde materna, independentemente de sua renda ou origem social. O caso Alyne Pimentel é importante na medida em que é o primeiro que trata de mortalidade materna decidido por um órgão internacional de direitos humanos (Center for Reproductive Rights, 2014).

Além dessa experiência internacional, o CLADEM também apresentou dois *amicus curiae* nacionais em ações ajuizadas no STF. O primeiro deles foi proposto no âmbito da Ação Declaratória de Constitucionalidade 19 (ADC 19), que buscava declarar a constitucionalidade de três artigos da Lei Maria da Penha. A ADC 19 foi proposta pelo Advogado-Geral da União, representando o Presidente da República, em dezembro de 2007, pouco mais de um ano depois da Lei entrar em vigor.

Em fevereiro de 2012, o STF julgou por unanimidade a procedência da ação e declarou constitucional os três artigos em questão. A declaração de constitucionalidade de tais artigos foi uma vitória importante na agenda política do movimento feminista na medida em que uma decisão em sentido oposto descaracterizaria a Lei Maria da Penha em um de seus principais propósitos, que era o de não considerar mais a violência contra a mulher como crime de menor potencial ofensivo.

O outro *amicus curiae* foi apresentado pelo CLADEM na Ação Direta de Inconstitucionalidade 4.439 (ADI 4.439), proposta pela Procuradoria Geral da República no STF, e que discute como se dá o ensino religioso nas escolas públicas brasileiras. Ele foi resultado de uma articulação de diferentes organizações que estavam relacionadas ao tema: a Conectas Direitos Humanos, a Ação Educativa, a ECOS, a Relatoria Nacional para o Direito à Educação, a Plataforma Dhesca Brasil e o CLADEM.

Tal *amicus curiae* foi articulado dentro da REGES – Rede de Gênero, Educação e Sexualidade, articulação formada por organizações da sociedade civil que tem como objetivo realizar *lobby* para inclusão de questões relacionadas à sexualidade no campo da educação, o que passa pelo debate sobre a importância da laicidade do Estado.

Após a elaboração de campanhas realizadas na internet e da produção de documentos sobre esses temas, o grupo consolidou-se. A Ação Educativa, que

já havia proposto outros *amici curiae* no campo da educação, ao tomar conhecimento da proposição da ADI 4.439, avaliou ser uma boa oportunidade para levar a questão para o Supremo Tribunal Federal. O *amicus curiae* foi então proposto pelo advogado da Ação Educativa em nome desta e das outras organizações. Ele foi aceito pelo Supremo Tribunal Federal em março de 2012 e seu argumento central é o de que a educação pública no Brasil deve respeitar o princípio da laicidade do Estado.

Esse caso é interessante para compreender como as estratégias jurídicas podem ser incorporadas entre as táticas de organizações que anteriormente não faziam uso delas. A ECOS, uma das organizações que apresentou o *amicus curiae* no caso da ADI 4.439, até então não havia utilizado estratégias de mobilização do direito direcionada ao Poder Judiciário.

Uma das entrevistadas da organização, inclusive, relatou que não sabia da existência desse tipo de mecanismo jurídico antes da participação na REGES, já que a equipe da ECOS é formada principalmente por sociólogos, psicólogos, antropólogos e nunca teve advogados/as entre seus membros/as. Ainda assim, a organização avaliou a experiência como positiva, já que, dada a conjuntura do Congresso Nacional no momento da entrevista, seria extremamente difícil discutir uma eventual proposta que abordasse religião e educação em tal instituição. Segundo ela, com a interposição do *amicus curiae*, foi possível debater o tema dentro do Poder Judiciário e ter o debate ampliado também para a sociedade.

Já a entrevistada do CLADEM apontou que a proposição de *amici curiae* não são pontos isolados no contexto mais amplo das estratégias da organização. Ao contrário, são estratégias articuladas com outras ações. O *amicus curiae* proposto na Ação de Declaração de Constitucionalidade da Lei Maria da Penha, por exemplo, está articulado com o litígio internacional sobre o caso, que ocorreu anos antes, com a participação do CLADEM no grupo de organizações feministas que elaborou o anteprojeto de lei que resultou na própria Lei e com o trabalho anterior que a organização já vinha realizando no combate à violência doméstica.

O *amicus curiae* no caso do ensino laico está ligado a uma mobilização anterior da rede do CLADEM em torno do tema, que promoveu uma campanha de educação não sexista e não discriminatória na América Latina e no Caribe entre os anos de 2009 e 2011. Soma-se a isso o fato de que o CLADEM da Argentina havia apresentado um *amicus curiae* sobre ensino não religioso em sua corte suprema, e essa experiência também contribuiu para o envolvimento do CLADEM do Brasil nessa questão.

Outra organização que também utilizou o *amicus curiae* como estratégia de ação foram as Católicas pelo Direito de Decidir, em parceria com a Oficina dos Direitos da Mulher, na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 54 (ADPF 54), que discutia a autorização do aborto em casos de gestação de fetos anencéfalos. As Católicas são uma organização do movimento feminista que tem atuação principalmente nos Poderes Legislativo e Executivo, na área de direitos reprodutivos, sem, no entanto, adotar estratégias jurídicas institucionais direcionadas ao Poder Judiciário.

No caso em questão, a coordenadora da Oficina dos Direitos da Mulher, que é advogada, faz parte do Conselho Consultivo das Católicas. Quando ambas as organizações souberam que o caso estava em andamento, reuniram-se e avaliaram a proposição do *amicus curiae* como uma boa estratégia. Por meio de uma parceria, a coordenadora da Oficina dos Direitos da Mulher elaborou a peça judicial e as Católicas propuseram o *amicus curiae*. Houve também uma articulação com a ANIS – Instituto de Bioética, Direitos Humanos e Gênero, organização feminista sediada em Brasília, que havia organizado toda a proposição da ADPF 54.

Segundo uma das entrevistadas das Católicas pelo Direito de Decidir, apesar do Poder Judiciário não ser a esfera na qual a organização atua primordialmente, elas viram naquele caso uma possibilidade de fortalecer a demanda pelo aborto. Em abril de 2012, ao julgar a ação, o Supremo Tribunal Federal autorizou tal forma de aborto e declarou inconstitucional sua interpretação como crime.

Também nesse caso da parceria entre a Oficina dos Direitos da Mulher e as Católicas pelo Direito de Decidir, é interessante notar que, assim como ocorreu no *amicus curiae* proposto pelo CLADEM conjuntamente com a ECOS e outros grupos da sociedade civil, pode-se observar que organizações com *expertise* na área do Direito e do Poder Judiciário articulam-se a outras que não possuíam esse tipo de conhecimento para engajarem-se em estratégias jurídicas voltadas às cortes.

Nesse sentido, em ambas as situações, não houve necessidade de haver advogados/as nos quadros dessas organizações, nem experiência na proposição de *amicus curiae*: as articulações com outros grupos que trabalhavam na área jurídica e a reconhecida atuação em seus campos temáticos foram suficientes para utilizarem essa forma de estratégia que não haviam mobilizado antes.

Outra forma de mobilização do direito no Poder Judiciário são as audiências públicas realizadas no STF. Estas permitem que organizações ou pessoas que não fazem parte do processo judicial, mas que são especialistas ou tenham interesse no tema tratado, participem do processo decisório. Em geral, são convocadas

pelo STF nos casos de grande repercussão social, com o objetivo consultivo, ou seja, os participantes contribuem com informações e seus pontos de vista para auxiliar o julgamento da causa.

Das organizações do movimento feminista entrevistadas, as Católicas pelo Direito de Decidir, a ECOS e o Geledés participaram de audiências públicas. As Católicas participaram da audiência pública realizada no âmbito da ADPF 54, e a ECOS participou da audiência pública realizada no âmbito da ADI 4.439, ambos os casos mencionados acima, nos quais as duas organizações também apresentaram *amici curiae*. O Geledés participou da audiência pública realizada no âmbito na ADPF 186, que buscava questionar a constitucionalidade das políticas de ação afirmativa no ensino superior, as quais foram julgadas ser constitucionais.

As formas não institucionais de mobilização do direito no Poder Judiciário são aquelas que não se utilizam de mecanismos formais estabelecidos, como os descritos acima, e aproximam-se de estratégias mais tradicionais dos movimentos sociais. A partir das entrevistas, identificaram-se as seguintes formas: o *lobby* no Poder Judiciário e a busca de influência por meio da *produção de argumentação*.

No primeiro caso, organizações do movimento feminista buscam convencer os membros do Poder Judiciário a decidirem conforme sua agenda política por meio de visitas, conversas, apresentação e entrega de documentos. Por exemplo, tanto no caso do julgamento da constitucionalidade da Lei Maria da Penha quanto no caso do julgamento da permissão para gestantes de fetos anencéfalos realizarem o aborto, integrantes da Articulação Brasileira de Mulheres foram ao STF entregar aos ministros manifestos redigidos por elas com o intuito de convencê-los a votarem favoravelmente às demandas feministas.

Essa estratégia foi articulada com manifestações públicas de integrantes da organização em frente ao Tribunal de Justiça de São Paulo. No dia dos julgamentos de tais ações no STF, novas manifestações de rua foram realizadas, não só em São Paulo, mas também em outros Estados brasileiros. A entrevistada da União Brasileira de Mulheres afirmou que a organização prefere realizar esse tipo de *lobby* combinado a manifestações de rua em casos que envolvem o Poder Judiciário a se envolver com estratégias institucionalizadas.

Uma das entrevistadas das Católicas pelo Direito de Decidir também apontou que há alguns anos, por volta de 2004, elas buscaram marcar uma audiência com os ministros do STF para pautar a questão do aborto, mas o único que aceitou recebê-las foi o Ministro Gilmar Mendes. A ideia era avaliar como seria a recepção do tribunal no caso de uma eventual ação judicial que buscasse ampliar o direito

ao aborto. A entrevistada afirmou que, por esse período, o Congresso Nacional já se mostrava bastante fechado ao tema, e seria muito difícil conseguir alguma mudança pela via legislativa.

Recentemente, em 2015, um grupo de feministas autodenominado como "Iniciativa Duas Gerações de Luta pelo Aborto no Brasil" foi à Brasília realizar encontros com os ministros do STF, a ministra da então Secretaria de Políticas para Mulheres e parlamentares. O grupo foi recebido pelo então presidente do STF, Ministro Ricardo Lewandowski, e entregou a ele uma carta em que argumentavam favoravelmente ao direito das mulheres ao aborto. O objetivo era abrir canais de diálogo com o STF para que essa discussão pudesse fluir, já que tal tema sofre grande oposição de grupos conservadores tanto no Poder Legislativo como no Poder Executivo.

Conjuntamente com tal *lobby* no STF, que contava com uma integrante do CLADEM no grupo, foi protocolado na Câmara dos Deputados o PL 822/2015, de autoria do então deputado Jean Willys (PSOL/RJ), que previa a descriminalização e a legalização do aborto no Brasil (CLAM, 2015).

Ainda no campo da mobilização do direito não institucional no Poder Judiciário, uma das entrevistadas das Católicas pelo Direito de Decidir identificou a argumentação que elas produzem na decisão do STF sobre aborto dos anencéfalos. Tal argumentação, no caso dessa organização, é bastante específica, na medida em que elas mobilizam argumentos religiosos para justificar o aborto. Elas afirmaram que o objetivo da organização é mesmo produzir argumentação nesse campo para ser usada por outros setores que não apenas o feminista. Elas também falam da questão do aborto do ponto de vista qualificado da religião, ocupando um espaço que anteriormente só havia argumentos contrários por membros da Igreja Católica.

No mesmo sentido, o CLADEM, formado por um grupo de juristas, produz um tipo de argumentação específica, que é uma argumentação jurídica feminista. Segundo a entrevistada dessa organização, esse tipo de argumentação é empregada pelo próprio movimento, mas também absorvida por juristas e tribunais. Em determinados momentos, o CLADEM produziu esse tipo de argumentação para casos específicos, interpretando o direito com viés feminista. Por exemplo, o Ministro Marco Aurélio utilizou em sua decisão no caso do aborto de fetos anencéfalos a argumentação produzida por uma integrante do CLADEM.

Cabe ressaltar que tal organização não participou diretamente da ADPF 54, nem como *amicus curiae*. A entrevistada ressalta ainda a importância da produção dessa argumentação e a incorporação dela nas decisões judiciais na medida em que

se criam precedentes favoráveis na jurisprudência que podem ser usados em decisões futuras. Ela apontou ainda que, se esse espaço não for preenchido pelo movimento feminista, pode ser ocupado pelos seus oponentes.

5 Conclusão

Como apresentado na introdução, o objetivo desse artigo foi o de examinar a relação entre estrutura organizativa dos grupos que formam movimento feminista e a mobilização do direito realizada por eles, especialmente no que diz respeito às formas direcionadas ao Poder Judiciário. Com isso, buscou-se investigar a conexão entre a existência de uma "estrutura de suporte para a mobilização do direito" (Epp, 1998), ou seja, a presença de recursos para o uso de estratégias jurídicas e advogados especializados no interior dessas organizações, e o direcionamento, ou não, de suas táticas ao Poder Judiciário.

Para tanto, inicialmente, apresentou-se um panorama das características organizacionais dos grupos que formam o movimento feminista na cidade de São Paulo e em que medida observou-se a presença de uma estrutura jurídica e advogados/as no interior desses grupos. Em seguida, apontaram-se as formas de mobilização do direito (institucionais e não institucionais) direcionadas ao Poder Judiciário realizadas por essas organizações.

Posto isso, pode-se dizer que o movimento feminista emprega uma gama variada de estratégias direcionadas ao Poder Judiciário: o litígio individual, a orientação jurídica, o litígio coletivo, o litígio internacional, o *amicus curiae*, a audiência pública, o *lobby* no Poder Judiciário e a influência por meio da argumentação jurídica.

Assim como apontado por McCann (1994, 2004, 2006, 2008) e Vanhala (2011), entre outros autores, também no caso do movimento feminista, a mobilização do direito assumiu diversas outras formas além do litígio, muitas vezes combinadas com outras estratégias, como os protestos de rua. A mobilização do direito no Poder Judiciário acaba por estar presente, de maneira mais ou menos proeminente, nas táticas de mais da metade das organizações entrevistadas, independentemente de seu formato organizativo[23].

[23] Este capítulo teve como foco a investigação da mobilização do direito direcionada ao Poder Judiciário. Nesse contexto, 12 das 21 organizações entrevistadas disseram mobilizar o direito no Poder Judiciário: a AMZOL – Associação de Mulheres da Zona Leste, a Articulação de Mulheres Brasileiras, as Católicas pelo Direito de Decidir, o Comitê Latino-Americano e

Quanto à questão dos custos da mobilização do direito, pôde-se observar que certas dificuldades das organizações com menos recursos (sejam eles financeiros ou da presença de *staff* jurídico) foram contornadas com a articulação com outras organizações com *expertise* na área jurídica, com o trabalho voluntário de advogados/as ou por meio do acionamento do Ministério Público ou da Defensoria Pública.

Nesse sentido, parece ser mais importante para que uma organização mobilize o direito em suas relações com outras organizações, advogados/as, promotores, procuradores ou defensores, do que a presença de recursos materiais e financeiros robustos. Assim, no que diz respeito à questão apontada pela literatura acerca dos recursos necessários para a mobilização do direito (principalmente o litígio), os quais incluem dinheiro e tempo gastos para realizá-la, assim como a presença de advogados com conhecimento jurídico e níveis de "consciência de direitos" dos litigantes (Vanhala, 2015), ou na expressão cunhada por Epp (1998), a necessidade da presença de uma "estrutura de suporte para a mobilização do direito", observou-se serem mais relevantes os recursos "relacionais", ou seja, a articulação das organizações com outras com conhecimento jurídico, a presença de advogados/as voluntários/as ou contatos com o Ministério Público e a Defensoria Pública, do que a necessidade de recursos financeiros em si.

Os achados da pesquisa sobre a relação entre a estrutura interna da organização, a presença de recursos (no sentido mais amplo apresentado por Vanhala, 2015) e a mobilização do Direito, principalmente (mas não só) no que diz respeito ao litígio, estão em convergência com o que foi apontado por Ruibal (2015) a esse respeito.

A autora assinala que os recursos para a mobilização do direito podem apresentar-se como estruturas formais dentro das organizações do movimento social ou serem acessíveis a tais grupos por meio da colaboração com outras organizações ou advogados/as aliados/as. Também, para Ruibal, a construção de alianças com atores externos ou com advogados de fora das organizações ou do movimento social

---

do Caribe para a Defesa dos Direitos da Mulher – CLADEM, a ECOS – Comunicação em Sexualidade, o Geledés – Instituto da Mulher Negra, o Instituto Patrícia Galvão, a Marcha Mundial de Mulheres, o Movimento Mulheres em Luta, o Observatório Mulher e Mídia, a Oficina dos Direitos da Mulher e a União de Mulheres de São Paulo. Se ampliarmos o estudo para outras formas de mobilização do direito, incluindo aquelas direcionadas aos Poderes Legislativo e Executivo, assim como à sociedade, pode-se dizer que a totalidade de organizações entrevistadas de alguma maneira utilizou estratégias jurídicas (Fanti, 2016).

pode permitir que estratégias jurídicas sejam desenvolvidas com êxito, mesmo na ausência de estrutura própria para a mobilização do direito (Ruibal, 2015, p. 186-187). Nesse sentido, Ruibal aponta que,

> em contextos de baixo desenvolvimento do movimento e da falta de recursos financeiros para a mobilização do direito, como pode acontecer, especialmente no nível subnacional nos países latino-americanos, a presença de advogados e advogadas simpatizantes da causa do movimento e dispostos a trabalhar pro bono, pode também contribuir para o desenvolvimento de estratégias de litígio, mesmo na ausência de uma estrutura de suporte para a mobilização jurídica no contexto específico (2015, p. 187).

Assim, por exemplo, a União de Mulheres de São Paulo, organização que segundo a entrevistada sempre contou com poucos recursos ao longo de sua história, realizou atendimento jurídico, com a proposição de ações judiciais em nome das mulheres que as procuravam, com base no trabalho voluntário de advogadas, assim como encaminhou um caso para a Comissão Interamericana de Direitos Humanos da OEA, em articulação com organizações com expertise em litígio internacional: o CLADEM, o CEJIL e a *Human Rights Watch*.

Além disso, promove outras formas de mobilização do direito além dessas direcionadas ao Poder Judiciário, como o curso de Promotoras Legais Populares, realizado há mais de 20 anos com o trabalho voluntário de professores com formação jurídica. A Oficina dos Direitos da Mulher faz orientação jurídica a mulheres sem praticamente nenhuma forma de financiamento. Além disso, como mencionado, tal organização elaborou o *amicus curiae* apresentado pelas Católicas no caso da ADFP 54. Isso só foi possível porque a sua coordenadora é advogada e a Oficina dos Direitos da Mulher funciona na estrutura de seu escritório particular de advocacia.

Em vários casos identificados pela pesquisa, o Ministério Público atuou como aliado das organizações feministas na proposição de ações coletivas, boa parte delas sem advogados/as ou estrutura jurídica. O Observatório dos Direitos da Mulher, o Instituto Patrícia Galvão e a Marcha Mundial das Mulheres fizeram diversas denúncias de propagandas publicitárias e programas televisivos com conteúdo que feria o direito das mulheres para o Ministério Público, para que esse propusesse ações no Poder Judiciário com o intuito de barrá-los, o que de fato foi feito em várias ocasiões.

O CLADEM e as Católicas pelo Direito de Decidir, em articulação com outras organizações do movimento feminista, também fizeram representações ao Ministério Público com o objetivo de barrar leis municipais que restringiam direitos reprodutivos das mulheres, que resultaram em Ações de Inconstitucionalidade de Lei Municipal exitosas propostas por esse órgão. O Movimento Mulheres em Luta também participou de ação coletiva contra um programa de televisão de cunho machista e homofóbico em parceria com o Sindicato dos Metroviários, organização que possui advogados/as (uma das quais pertence ao MML) e estrutura jurídica. Estes são exemplos de como organizações externas ao movimento feminista podem contribuir para a mobilização do direito.

Caso a ser destacado é o do CLADEM, a única organização do movimento feminista que trabalha praticamente só com estratégias jurídicas. Apesar de o CLADEM ser uma rede latino-americana com sede em 15 países da região, com atuação em quatro frentes distintas (monitoramento, formação, litígio e campanhas), sua organização no Brasil tem equipe quase que totalmente formada por advogadas voluntárias, com poucas fontes de recursos e sem um local fixo de funcionamento.

A despeito disso, é uma organização central para a mobilização do direito realizada pelo movimento feminista, tendo proposto *amici curiae* no STF, no Comitê CEDAW, além de ser uma das responsáveis pelo caso Maria da Penha, que resultou na condenação do Brasil pela Corte Interamericana de Diretos Humanos, e tendo participado ativamente em um consórcio de ONGs que elaborou projeto de legislativo que resultou na lei de mesmo nome.

Por outro lado, mesmo organizações com maior estrutura interna, como as Católicas pelo Direito de Decidir e a ECOS, valeram-se de trabalho conjunto com organizações com poucos recursos financeiros, como a Oficina dos Direitos da Mulher e o CLADEM, para mobilizar o direito nos casos de apresentação dos *amici curiae* mencionados. Em ambas as situações, tanto as Católicas como a ECOS contaram não só com a *expertise* jurídica de outras organizações para elaborar a peça judicial, mas também com a capacidade dessas organizações de reconhecer as ações que corriam no STF como oportunidades para influenciar casos que tratavam de temas centrais com os quais elas trabalham.

A única organização com advogados/as contatados e com um departamento jurídico estruturado é o Geledés, caso que talvez se encaixe melhor na descrição de Epp (1998) da "estrutura de suporte para a mobilização do direito". Tal organização também contribuiu para as diversas formas de mobilização do

direito identificadas entre as estratégias do movimento feminista, como o litígio individual, quando seu departamento jurídico foi criado, o litígio internacional e a participação em audiência pública no Supremo Tribunal Federal.

Assim, o estudo aqui apresentado aponta para o fato de que, para que a mobilização do direito ocorra, mostraram-se mais relevantes os recursos "relacionais" das organizações feministas, ou seja, sua rede de contatos com outras organizações que possuem *expertise* jurídica, advogados/as voluntários/as e aliados/as no Ministério Público ou na Defensoria Pública, do que de fato a presença de recursos materiais e financeiros robustos.

Referências

Boutcher, S. A.; Stobaugh, J. E. "Law and social movements". In Snow, D. et al. (org.). *The Wiley-Blackwell Encyclopedia of Social Movements*. Oxford: Blackwell Publishing, p. 342-345, 2013.

Center For Reproductive Rights. "Alyne v. Brasil: Caso de Alyne da Silva Pimentel Teixeira ('Alyne') v. Brasil". *Fact Sheets in the Spotlight*, 08 de julho de 2014, p. 1-6.

CLAM. "Ofensiva Feminista". CLAM, Rio de Janeiro, 01 abril 2015. Disponível em: http://www.clam.org.br/ES/destaque/conteudo.asp?cod=12092. Acesso em: 15 jan. 2016.

Epp, C. *The rights revolution: lawyers, activists, and Supreme Courts in comparative perspective*. Chicago: Chicago University Press, 1998.

Fanti, F. *Mobilização social e luta por direitos: um estudo sobre o movimento feminista* (Tese). Universidade Estadual de Campinas, 2016.

______. "Movimentos sociais, direito e Poder Judiciário: um encontro teórico". In Engelmann, F. (org.). *Sociologia política das instituições judiciais*. Porto Alegre: Editora da UFRGS/CEGOV, 2017.

Levitsky, S. R. "To lead with law: Reassessing the influence of legal advocacy organizations in social movements". In Sarat, A. e Scheingold, S. (org.). *Cause Lawyers and Social Movements*. Palo Alto: Stanford University Press, 2006. p. 145-163.

______. "Niche activism: Constructing a unified movement identity in a heterogeneous organizational field". *Mobilization: An International Journal*, n. 12, p. 271-286, 2007.

Maciel, D. A. "Ação Coletiva, Mobilização do Direito e Instituições Políticas: o caso da Campanha da Lei Maria da Penha". *Revista Brasileira de Ciências Sociais*, v. 26, n. 77, p. 97-111, out. 2011.

Mccann, M. *Rights at work: pay equity reform and the politics of legal mobilization*. Chicago/London: The University of Chicago Press, 1994.

______. "Law and social movements". In Sarat, A. *The Blackwell Companionto Law and Society*. Oxford: Blackwell Publishing, 2004. p. 506-522.

______. "Law and Social Movements: Contemporary Perspectives". *Annual Review on Law and Social Science*, v. 2, p. 17-38, 2006.

______. "Litigation and legal mobilization". In Whittington, K. E. Et al. (org.). *The Oxford Handbook of Law and Politics*. Oxford, Nova York: Oxford University Press, 2008. p. 522-540.

Meyer, D. e Staggenborg, S. "Movements, Countermovements, and the Structure of Political Opportunity". *American Journal of Sociology*, v. 6, n. 101, p. 1.628-1.660, 1996.

Pandjiarjian, V. "Balanço regional. Visão panorâmica do litígio internacional no CLADEM". In Sotelo, R. V. (org.). *Os direitos das mulheres em tom feminista: experiências do CLADEM*. Porto Alegre: Calábria, 2011.

Ruibal, A. "Movilización y contra-movilización legal: propuesta para su análisis en América Latina". *Política y gobierno*, v. 22, n. 1, p. 175-198, 2015.

Santos, C. M. "Ativismo jurídico transnacional e o Estado: reflexões sobre os casos apresentados contra o Brasil na Comissão Interamericana de Direitos Humanos". In *Sur – International Journal on Human Rights*, n. 7, p. 29-59, 2007.

______. "Da delegacia da Mulher à Lei Maria da Penha: absorção/tradução de demandas feministas pelo Estado". *Revista Crítica de Ciências Sociais*, n. 89, p. 153-170, jun. 2010.

______. (org.). *Amobilização transnacional do direito: Portugal e o Tribunal Europeu dos Direitos Humanos*. Coimbra: Almedina, 2012.

Teles, M. A. A. *Breve história do feminismo no Brasil*. São Paulo: Brasiliense, 1999.

Vanhala, L. "Fighting discrimination through litigation in the UK: the socialmodel of disability and the EU anti-discrimination directive". *Disability & Society*, v. 21, n. 5, p. 551-565, ago. 2006.

______. *Making rights a reality? Disability rights activists and legal mobilization.* Nova York: Cambridge University Press, 2011.

______. *Legal Mobilization*. Oxford Bibliographies, 2015. Disponível em: https://www. oxford bibliographies.com/ view/document/obo-9780199756223/obo-97801 99756 223-0031. xml. Acesso em: 15 jan. 2016

Zemans, F. "Legal mobilization: the neglected role of law in the political system". *American Political Science Review*, n. 77, p. 690-703, 1983.

– 4 –
Efeitos da judicialização de Políticas Públicas em Saúde e Educação

Vanessa Elias de Oliveira

1 Introdução

Em *The Cost of Rights* (2000), Homes e Sunstein afirmam, ao introduzirem a questão sobre o custo dos direitos com que irão trabalhar no livro:

> [...] rights cost money. Rights cannot be protected or enforced without public funding and support. [...] Both the right to welfare and the right to private property have public costs. The right to freedom of contract has public costs no less than the right to health care, the right to freedom of speech no less than the right to decent housing. All rights make claims upon the public treasury (Homes e Sunstein, 2000, p. 15).

Sem grande preocupação com a questão dos custos públicos dos direitos sociais, os quais estão sempre presentes na implementação dos direitos constitucionalizados[1], a Constituição brasileira de 1988 garantiu uma série de direitos sociais universais, alterando substancialmente a relação entre Estado, sociedade civil e mercado no Brasil, no que diz respeito à responsabilidade pela provisão dos serviços públicos para o bem-estar social.

Dado que há uma série de *policies* no texto constitucional brasileiro[2], nos termos de Couto e Arantes (2008), a implementação dessas políticas traz efei-

---

[1] Holmes e Sunstein afirmam que "a legal right exists, in reality, only when and if it has budgetary costs" (2000, p. 19).

[2] Essa não é uma excepcionalidade brasileira. Ver, por exemplo, Ben-Bassat e Dahan (2008).

tos significativos ao relacionamento entre os Poderes, com vistas à garantia dos direitos constitucionais. Não apenas Executivo e Legislativo atuam na definição e na implementação de políticas públicas, mas também o Judiciário passa a ser ator importante na cobrança de sua efetivação.

Mais do que disponibilizar direitos sociais básicos e universais, a nova Carta Constituinte garantiu a integralidade no caso do direito à saúde, o que gerou um processo crescente de *judicialização da saúde* no Brasil a partir de meados dos anos 1990. Esse processo agigantou-se dos anos 2000 para cá, levando a uma série de diagnósticos sobre: (i) o acesso à justiça e a garantia dos direitos sociais constitucionalizados na redemocratização; (ii) a questão do gasto público e do planejamento governamental para a gestão da judicialização; e (iii) a interação das instituições do sistema de justiça com o Poder Executivo.

O mesmo esforço em termos de uma compreensão sistemática e científica das demandas judiciais por direitos sociais vem sendo observado na área da educação, em especial, na educação infantil. Nesse caso, embora não se possa dizer que a produção acadêmica seja tão expressiva quanto a da saúde, já existe um conhecimento acumulado significativo sobre a temática em âmbito nacional e, também, internacional (cf., p.ex., Brinks e Gauri, 2008).

A vasta produção sobre a judicialização dos direitos à saúde e à educação possibilita-nos comparar os processos das duas áreas e, assim, levantar algumas hipóteses sobre seus *efeitos para as políticas públicas e para as instituições envolvidas na judicialização* – do sistema de justiça, do Executivo ou até do Legislativo. Esse é o objetivo do presente capítulo: analisar os processos de judicialização dos direitos à saúde e à educação, a partir dos estudos já realizados no campo, para compreender semelhanças e diferenças em termos dos efeitos que esses processos produzem, levantando hipóteses a serem testadas em estudos sobre essas e outras políticas públicas.

Tal esforço, ainda que inicial, parece-me importante por representar um estudo comparado sobre esse processo em diferentes áreas, ainda não realizado em âmbito nacional, mas com o foco comum nos *efeitos para a produção de políticas públicas e para as instituições envolvidas nos processos de judicialização* – tema também pouco discutido nas pesquisas sobre judicialização. Para tanto, parto de uma breve descrição sobre os processos de judicialização na saúde e na educação para, em seguida, discutir como analisar efeitos da judicialização e os principais efeitos diretos e indiretos observados nas duas políticas.

Os efeitos serão analisados a partir de cinco diferentes instituições e/ou atores: o Executivo estadual ou municipal; os órgãos do sistema de justiça (Judiciário, Ministério Público e Defensoria); a política pública propriamente dita; os movimentos sociais; e o Legislativo. Concluo o capítulo com algumas considerações finais sobre a judicialização e seus efeitos institucionais e para as políticas.

2 Judicialização da Saúde

A judicialização da saúde teve início no Brasil a partir de meados dos anos 1990 com as primeiras demandas judiciais por medicamentos para tratamento de AIDS. A atuação das organizações não governamentais foi decisiva nesse momento, dando visibilidade à responsabilidade do poder público em garantir o direito universal e integral à saúde (Scheffer et al., 2005; Ventura et al., 2010).

A partir de então, outras demandas foram pouco a pouco surgindo no Judiciário, especialmente no tocante ao acesso a medicamentos. A estratégia de busca do direito à saúde pela via judicial mostrou-se efetiva por meio de diferentes caminhos: o Ministério Público e a Defensoria Pública vêm sendo acionados, juntamente com a via da advocacia privada.

Alguns trabalhos buscaram demonstrar as estratégias mais utilizadas, tanto em termos de instituição do sistema de justiça mobilizada como em termos de instrumento legal empregado (se ação civil pública, ação individual etc.). Esses trabalhos foram importantes para demonstrar como a estratégia coletiva foi, pouco a pouco, perdendo espaço para a individual, dadas as maiores chances de vitória judicial dos pedidos individuais em saúde.

No entanto, o avanço dos estudos sobre o tema também demonstrou que a judicialização não apenas gera resultados imediatos para o impetrante da ação, mas pode também gerar efeitos coletivos, mesmo que por meio de ação individual. Isso porque o elevado número de ações solicitando determinado medicamento pode fazer com que o poder público incorpore aquela medicação frequentemente demandada à lista de medicamentos distribuídos gratuita e corriqueiramente pelo sistema público de saúde (SUS).

Foi o que aconteceu no caso do estado de São Paulo, em que foi criado um protocolo clínico para alguns medicamentos reiteradamente disponibilizados pela via judicial (Oliveira e Noronha, 2011), ou no município de São Paulo, que alterou seu protocolo de fraldas descartáveis em razão da elevada judicialização (Chabbouh, 2019).

Mas há enormes variações inter e intrarregionais no que diz respeito aos padrões de judicialização, conforme demonstrado pela pesquisa realizada pelo CNJ (2019). Este é um dos efeitos de um sistema descentralizado de gestão da saúde pública: variações significativas não apenas de estado para estado, mas também de município para município e entre governos de um mesmo município, dado que a eles compete a gestão da atenção primária em saúde e, dentro desta, dos medicamentos que compõem a Relação Municipal de Medicamentos (REMUME).

Além das variações regionais, há imensa variedade de demandas em saúde que são apresentadas ao Judiciário. Embora a judicialização do acesso a medicamentos seja a mais estudada no Brasil, muitos outros temas são judicializados, e seus processos são menos conhecidos: judicialização para o acesso a leitos hospitalares, a exames e consultas especializadas, a órteses e próteses e, ainda, judicialização contra os planos privados de saúde, em especial, no tocante à cobertura e à carência para tratamentos complexos e de alto custo (Scheffer, 2013).

Os dados da pesquisa comparada do CNJ (2019) sobre judicialização no Brasil deixam clara essa ampla gama de assuntos relacionados ao direito à saúde que são tratados pelo Judiciário brasileiro, conforme demonstram os dados da tabela abaixo, dos temas citados em decisões de tutela antecipada, num universo de mais de 188 mil ações.

Tabela 1 –Temas predominantes na tutela antecipada

Tema	Total
Dietas	38.295
Insumo ou materiais	39.070
Medicamentos	57.364
Procedimentos	69.338
Exames	83.114
Leitos	86.974
Órteses e próteses	108.489

Fonte: CNJ (2019).

Algumas ações envolvem o pedido de mais de um tipo de insumo/medicamento/procedimento. Mas chama a atenção o fato de que "medicamento" não é o tema mais presente nos pedidos de tutela antecipada. Já, nas decisões de

segunda instância, os medicamentos continuam sendo os principais assuntos destas, segundo a mesma pesquisa, mas quase empatados com órteses, próteses e meios auxiliares (CNJ, 2019).

Essas são algumas das questões mais recentes sobre a judicialização da saúde no Brasil. Alguns estudos, como o de Oliveira et al. (2015), Catanheide et al. (2016) e de Oliveira (2019), já apresentaram um balanço das análises sobre o tema na literatura nacional. O objetivo aqui foi apenas retomar alguns aspectos importantes para a discussão que faremos adiante sobre os efeitos da judicialização da saúde e da educação.

3 Judicialização da Educação

Em decisão de 2017, o Supremo Tribunal Federal (STF) manteve a posição da justiça paulista (TJ-SP), determinando à Prefeitura de São Paulo a matrícula de crianças menores de cinco anos em escolas próximas ao seu local de residência ou ao local de trabalho dos seus responsáveis. Em caso de descumprimento da decisão, a Prefeitura deveria arcar com uma multa diária por criança. A decisão foi embasada no artigo 208, inciso IV da Constituição Federal, que garante o direito à creche e à pré-escola a crianças até cinco anos, cabendo ao poder público municipal a garantia de tal atendimento. Ao analisar o caso, o ministro do STF Celso de Mello criticou a postura do Executivo municipal:

> A ineficiência administrativa, o descaso governamental com direitos básicos do cidadão, a incapacidade de gerir os recursos públicos, a incompetência na adequada implementação da programação orçamentária em tema de educação pública, a falta de visão política na justa percepção, pelo administrador, do enorme significado social de que se reveste a educação infantil, a inoperância funcional dos gestores públicos na concretização das imposições constitucionais estabelecidas em favor das pessoas carentes não podem, nem devem, representar obstáculos à execução, pelo Poder Público, notadamente pelo Município, da norma inscrita no art. 208, IV, da Constituição da República (Brasil, 2011, ARE 639.337).

O caso citado, que se repete em diferentes estados e municípios do país, aponta para as consequências sociais da inação do Poder Executivo, que impõe aos pobres que se utilizam dos serviços públicos de educação condições ainda mais desiguais do que aquelas disponíveis aos usuários das escolas privadas, sendo

penalizados duplamente: além de não terem a garantia de acesso a vagas nas proximidades de suas residências, podem perder o ano letivo em razão da falta de vagas, próximas ou distantes de suas casas.

Por outro lado, sob o ponto de vista do Executivo, a disponibilização de novas vagas em creches da administração direta nem sempre é possível, especialmente em virtude de características físicas e ambientais de algumas regiões da cidade. No caso da cidade de São Paulo, por exemplo, os gestores municipais relatam que nem sempre existem terrenos disponíveis para a desapropriação e a construção de escolas públicas, principalmente em bairros que estão localizados em áreas ambientalmente protegidas, como as áreas de proteção aos mananciais, nas quais não se pode construir (Oliveira et al., 2018). Nesses casos, cabe ao Executivo contratar vagas em escolas privadas, mas que devem também estar em consonância com as normas estabelecidas pela Secretaria de Educação, contando, portanto, com alvará de funcionamento[3].

A ausência de vagas em escolas públicas gera a necessidade de contratação de vagas em escolas conveniadas com a prefeitura. Muitas áreas altamente adensadas, especialmente aquelas que estão localizadas em regiões ambientalmente protegidas, como as áreas de mananciais, não possuem mais terrenos livres para a construção de novas unidades escolares, como é o caso de alguns bairros da zona sul do município de São Paulo. Nestas, a carência de vagas é grande e, consequentemente, maior é a judicialização.

Ainda, em alguns bairros da cidade, sobretudo nos de população em maior vulnerabilidade, a demanda pelo serviço público é imensa, aumentando a pressão sobre a administração pública. Para enfrentar essas carências, municípios têm optado pela contratação de vagas em escolas conveniadas, que prestam serviços a prefeituras. O problema é que estas não possuem a mesma infraestrutura das escolas públicas; são, em geral, pequenas, funcionando em espaços pouco adaptados para a função, com pessoal pouco qualificado e muitas sequer contam com a documentação de funcionamento em ordem. Nesses casos, os gestores locais optam por contratar esses serviços, apesar do descumprimento de alguns critérios de qualidade e de segurança para poder atender às demandas judiciais.

---

[3] Lembrando que não é pequeno o número de unidades de educação infantil que estão em funcionamento na cidade, mas que não possuem alvará para tal.

Assim, portanto, tal como na saúde, em que o juiz exige a importação de medicamentos sem licença de comercialização da Anvisa[4], órgão responsável pela permissão, na educação, também a judicialização tem levado os gestores locais a optarem pela irregularidade menos "danosa" – para a população e para o erário público, já que multas diárias são aplicadas no caso do descumprimento da ação que obriga a disponibilização de vagas em creches públicas, conforme os preceitos constitucionais.

Mas não apenas vagas em creche são solicitadas ao Judiciário. São diversas as situações que envolvem o Judiciário e o direito à educação, segundo Cury e Ferreira (2009):

- **Merenda escolar:** regularização do fornecimento, adequação das condições das escolas para a conservação dos alimentos, disponibilização de servidores habilitados para o manuseio e preparo dos alimentos;
- **Transporte escolar:** disponibilização de transporte escolar para todos os estudantes das zonas urbana ou rural, necessidade de transporte especial para estudantes portadores de deficiências;
- **Falta de professores:** garantia de professores para todas as disciplinas em todas as unidades das escolas públicas;
- **Condição para o desenvolvimento e acesso do aluno com deficiência:** disponibilização de vagas em escolas especiais para alunos com deficiências, adaptação do prédio das escolas públicas para portadores de deficiências físicas;
- **Vaga em creche ou pré-escola:** cabe ao município garantir a todas as crianças até cinco anos vagas em creches e pré-escola próximas à residência ou local de trabalho dos responsáveis;
- **Outras situações:** transferências indevidas, em especial, para locais distantes, não aceitação de alunos por motivos disciplinares, cancelamento de matrícula de alunos que não comparecem nos primeiros dias de aula, entre outras.

No entanto, em que pese o fato de que um amplo conjunto de temas ligados ao direito à educação pode e de fato é judicializado no Brasil, os trabalhos aca-

[4] Embora essa prática tenda à extinção, em razão da Recomendação 31/2010 do CNJ e, posteriormente, da aprovação da Lei Federal 12.401/2011.

dêmicos sobre o tema centram-se pouco em seus efeitos em termos de produção de políticas públicas na área. Exceção é a pesquisa de Silveira et al. (2018), que analisou os efeitos da judicialização da educação em quatro estados brasileiros: São Paulo, Paraná, Ceará e Sergipe. Os dados produzidos serão apropriados no debate que apresentarei na próxima seção.

Por fim, vale mencionar que, também na judicialização da educação, a "gestão da judicialização" tem movimentado as Secretarias Municipais, que precisam não apenas atender às demandas judiciais, como também administrar os pedidos, contratando novos funcionários para a administração dos processos judiciais, para o acompanhamento dos novos convênios estabelecidos e para a atuação direta nas escolas públicas em razão da ampliação das demandas. Tratarei dessa questão adiante.

4 Comparando os efeitos da judicialização das políticas públicas

O movimento de transformação de questões políticas em jurídicas não é novo, e tem sido observado há anos tanto nos Estados Unidos quanto na Comunidade Europeia, conforme vários estudiosos do tema demonstraram (Tate e Vallinder, 1995; Ferejohn, 2002; Sieder et al., 2009). No Brasil, esse movimento ganhou força, sobretudo, após a Constituição de 1988, que ampliou imensamente o acesso à justiça, por meio das Defensorias Públicas, do Ministério Público e sua função de guardião dos interesses sociais, e da função de "intérprete da Constituição" concedida à sociedade civil organizada (Viana et al., 2007). A interação das instituições judiciais com a política e as políticas públicas vem complexificando-se desde então.

Nesse cenário, propício à judicialização das políticas sociais, foi necessário um processo de "aprendizado social", ou seja, de conscientização da sociedade civil acerca da possibilidade de um caminho aberto pela institucionalização dos novos canais de acesso à justiça (e de acesso aos direitos sociais) para que, de fato, este se tornasse uma alternativa a ser mobilizada, não apenas pelos grupos organizados, mas também pelos cidadãos, individualmente, para a obtenção dos meios necessários ao bem-estar social preconizado pela Constituição.

Esse processo de "aprendizado social" sobre os direitos sociais e o acesso à justiça foi amadurecendo ao longo dos anos 1990. Não ao acaso que a judicialização das políticas públicas no Brasil iniciou-se por meio do jogo político, já na primeira metade dos anos 1990, com o acionamento do Judiciário para questionamento de uma série de políticas adotadas pelos governos pós-redemo-

cratização, entre elas, as privatizações[5], a política econômica, a previdenciária, a competição político-eleitoral[6] etc.

Nesses, ganharam destaque os partidos políticos e os grupos sociais organizados, como, por exemplo, os sindicatos. Defino a *judicialização da política* como "a crescente utilização do sistema de justiça nos casos em que a atuação dos poderes Legislativo e/ou Executivo é percebida por atores políticos e sociais como falha, omissa ou insatisfatória" (Oliveira e Couto, 2019).

No que diz respeito às políticas sociais, é a partir de meados dos anos 1990 que o Judiciário passa a ser acionado por grupos organizados, como as Ongs que lutavam pela garantia de tratamentos contra a Aids, conforme mencionado anteriormente. Após esse período, que serviu de "laboratório" para se compreender como funcionariam as relações entre o Poder Judiciário e os Poderes Executivo e Legislativo, houve a difusão dessa alternativa para o acesso coletivo e, principalmente, individual aos direitos constitucionalizados.

O processo de difusão de estratégias políticas de uso do sistema de justiça teve como consequência a ampliação da percepção dos mais diversos setores sociais sobre a possibilidade de obtenção dos direitos por meio da judicialização. A partir de então, a judicialização dos direitos à saúde e à educação tem sido utilizada pela população como uma estratégia eficiente para o acesso aos serviços sociais demandados. A judicialização das políticas públicas seria, portanto:

> A crescente utilização do sistema de justiça, não para a resolução de conflitos políticos (politics), mas para o questionamento de falhas ou omissões na produção de políticas públicas (policies) por parte do Executivo, ou inação ou falhas do Legislativo no que tange à produção de normas legais. O sistema de justiça responde interferindo nas políticas públicas, em suas diferentes fases, conforme exploramos adiante. Somado a isso, promove adaptações institucionais, bem como reflexos nos outros poderes e instituições, por meio das interações resultantes do processo de judicialização (Oliveira, 2019).

Os efeitos desse processo para as instituições públicas são variados, podendo ser diretos ou indiretos. Por efeitos diretos, entendo, a partir de Silveira et al. (2018),

---

[5] Sobre o processo de judicialização da política no caso das privatizações, conferir Oliveira (2005).

[6] Para compreender a atuação do Judiciário na competição partidária a partir de 2002, conferir Marchetti e Cortez (2009).

os que decorrem da decisão judicial propriamente dita, ou seja, estão nela previstos. E efeitos indiretos são aqueles que decorrem da decisão, mas não estão previstos ou não são esperados pela decisão judicial (Silveira et al., 2018).

Analiso os efeitos diretos e indiretos sobre cinco diferentes instituições e atores: (1) o Executivo estadual ou municipal; (2) os órgãos do sistema de justiça (Judiciário, Ministério Público e Defensoria); (3) a política pública propriamente dita; (4) os movimentos sociais; (5) o Legislativo.

4.1 Efeitos da judicialização para os Executivos estaduais e municipais

A judicialização da saúde gerou para as administrações públicas estaduais e municipais a necessidade de reestruturarem-se administrativamente para enfrentarem o crescente volume de ações judiciais, demandando medicamentos, exames, consultas especializadas, cirurgias e acesso a leitos hospitalares. A "gestão da judicialização da saúde" (Vasconcelos, 2018) traz mudanças estruturais para as administrações públicas, que precisam capacitar-se, reorganizar e gerir a judicialização.

Setores especializados na judicialização foram criados nas Secretarias Estaduais (Vasconcelos, 2018; CNJ, 2019) e Municipais de Saúde (Wang et al., 2014; Chabbouh, 2019). O Ministério da Saúde também criou um "Núcleo de Judicialização" para acompanhar, responder e criar soluções para o problema da judicialização. Novas estruturas administrativas e de pessoal são criadas, impondo custos operacionais aos Executivos.

As diferentes demandas impõem a necessidade de algumas respostas específicas. Pedidos de medicamentos geram a necessidade não apenas de reestruturação administrativa no sentido de responder adequada e pontualmente aos processos judiciais, especialmente em caráter liminar, mas também de adequação das estruturas físicas para armazenamento e distribuição dos medicamentos.

Ainda demandam novos procedimentos administrativos, como, por exemplo, uma ata de registro de preços de medicamentos que não constam nas listas do SUS praticadas pelos gestores, mas que são sabidamente judicializados com frequência. Com isso, consegue-se minorar os gastos com medicamentos que não constam nas listas, mas são comprados em virtude de determinações judiciais.

Pedidos de exames e consultas especializadas requerem a articulação da rede de serviços do SUS local ou regional, o que implica aprimoramentos da articulação regional, da gestão dos serviços e, às vezes, da ampliação da rede de prestadores de serviços privados, que precisam ser mobilizados para o provimento de serviços

ausentes na rede pública ou conveniada. Pedidos de leitos hospitalares demandam a articulação mencionada e, ainda, um adequado serviço de regulação de referência e contrarreferência, responsável pela distribuição e controle dos leitos hospitalares disponíveis numa dada região.

Em termos de respostas administrativas voltadas para a diminuição da judicialização, temos, no Brasil, a adoção de serviços administrativos voltados para o atendimento de demandas por medicamentos que não fazem parte das listas do SUS, mas que podem ser disponibilizados individualmente, conforme o caso e a necessidade, com base num parecer técnico elaborado pela equipe de especialistas da Secretaria de Saúde. Assim, os pedidos são apresentados administrativamente, e não judicialmente.

Como exemplo, temos o caso da Secretaria de Estado da Saúde de São Paulo, que recebe demandas individuais, analisa por meio de uma equipe interdisciplinar, formada por médicos e farmacêuticos, e disponibiliza o medicamento aprovado sem que o paciente precise demandá-lo na justiça.

Em 2012, foi criada a Comissão de Farmacologia da SES (Resolução SS 54/2012), que analisava os pedidos administrativos em até 30 dias. Como resultado, houve a diminuição das ações judiciais e o aumento dos pedidos administrativos (Chieffi e Siqueira, 2014). O mesmo foi verificado no estado da Bahia, por meio da Câmara de Conciliação de Saúde (CCS), criada em 2016, por meio de um convênio entre a Secretaria Estadual de Saúde, o Tribunal de Justiça do Estado da Bahia, a prefeitura de Salvador, a Procuradoria-Geral do Estado, o Ministério Público estadual e as Defensorias Públicas do Estado e da União.

A Câmara atende a demandas por medicamentos e fórmulas alimentares apenas na cidade de Salvador. No entanto, segundo os gestores estaduais, o modelo funcionou tão bem que estavam analisando a possibilidade de ampliação para outras cidades do estado (CNJ, 2019), ou seja, o atendimento administrativo diminui a judicialização, uma vez que o cidadão demandante encontra nele um caminho mais simples e rápido de obtenção do medicamento. A via judicial é efetiva, mas não é a preferida quando outros canais de garantia de direitos estão disponíveis.

Na "gestão da judicialização", os Executivos vêm capacitando-se burocraticamente por meio da criação de mecanismos de acompanhamento administrativo dos processos judiciais, como é o caso do S-Codes, um sistema eletrônico criado pelo governo do estado de São Paulo, em 2009, com o objetivo de acompanhar as ações judiciais.

Segundo Naffah Filho et al. (2010), a Coordenação das Demandas Estratégicas do SUS (Codes), órgão da Secretaria Estadual responsável pela gestão das demandas judiciais, desenvolveu um sistema informatizado para o cadastro das ações judiciais impetradas contra o gestor estadual, o Sistema de Controle Jurídico (SCJ). Este foi aprimorado com o intuito de apoiar a aquisição e a dispensação dos medicamentos e materiais.

Assim, foi criado o S-Codes, um sistema que foi implantado em todo o estado, em 2010, para o cadastramento das ações impetradas contra a Secretaria Estadual de Saúde (Naffah Filho et al., 2010, p. 18). O Ministério da Saúde firmou uma parceria com a SES/SP para que a Secretaria disponibilizasse esse sistema para outras secretarias estaduais e municipais interessadas em implementá-lo para o acompanhamento das ações judiciais em saúde.

No caso da educação, os efeitos da judicialização para os Executivos municipais são menores, dado que as demandas em educação infantil, principal item judicializado e analisado pela literatura da área, não são tão volumosas quanto aquelas observadas na saúde. Ainda assim, as Secretarias municipais precisam organizar-se para responder às ações judiciais.

Um efeito verificado em algumas cidades (Oliveira et al., 2018; Silveira et al., 2018) é a criação de um sistema de monitoramento da lista de espera para vagas em creches municipais. Na cidade de São Paulo, esse sistema tornou mais transparente e acessível para a população a informação sobre o tamanho e a posição na lista nas diferentes regiões da cidade (Oliveira et al., 2018). Esse foi um efeito indireto, gerando ganhos não apenas para aqueles que judicializaram, mas também para toda a sociedade.

Outros efeitos (também indiretos) foram a contratação de novos profissionais para as escolas municipais e a ampliação do número de convênios com instituições privadas para suprir a demanda não coberta pelas vagas públicas disponíveis. A ampliação do conveniamento é, aliás, um dos aspectos negativos apontados pelos estudos sobre judicialização da educação, uma vez que o controle sobre a qualidade dos espaços, do nível dos profissionais e da quantidade de alunos por sala é muito menor nas unidades privadas do que nas da administração direta (Adrião e Domiciano, 2011; Nascimento e Silva, 2015).

Por fim, a judicialização gera a ampliação das vagas existentes, seja por pressionar os Executivos municipais para a expansão da rede de ensino infantil, seja por forçar a ampliação da rede conveniada. Aqueles cidadãos que judicializaram hoje são beneficiados, mas beneficiarão no futuro cidadãos que não precisarão

judicializar[7], dado que as crianças que saírem das vagas da educação infantil e passarem para o ensino fundamental deixarão livres as vagas que foram garantidas judicialmente.

4.2 Efeitos da judicialização para as instituições judiciais

A judicialização da saúde e da educação não geram efeitos apenas para as políticas públicas ou para as administrações públicas. Elas geram efeitos institucionais significativos para o Judiciário e demais instituições judiciais, como o Ministério Público e a Defensoria Pública.

A judicialização da saúde teve efeitos indiretos importantes para o Judiciário, o MP e a Defensoria. Esses órgãos passaram a dialogar com os gestores públicos por meio de canais institucionais criados em virtude da judicialização como forma de melhor compreender e decidir sobre as demandas por insumos e serviços em saúde.

Algumas experiências de "entrelaçamento institucional" (Oliveira, 2019) são exemplares: o caso da Câmara de Resolução de Litígios da Saúde (CRLS) é um deles, e representa uma parceria entre Procuradoria Geral do Estado e do Município do Rio de Janeiro, Secretarias Estadual e Municipal de Saúde do Rio de Janeiro, Defensoria Pública Estadual (DPGE) e Federal (DPU) e Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro em busca de soluções administrativas para o atendimento das demandas, evitando assim a judicialização.

Outro exemplo é o Comitê Executivo Estadual de Saúde, criado pelo Tribunal de Justiça da Bahia (TJBA), seguindo as recomendações do CNJ e a autonomia garantida para que os estados formatassem os comitês conforme as especificidades locais. Compõem o Comitê: dois membros do TJBA, a Justiça Federal, a Promotoria de Justiça, a Advocacia da União, a Defensoria Pública da União, a Procuradoria do Estado, a Defensoria Pública Estadual, a Procuradoria do Município de Salvador, a Secretaria de Saúde do Município de Salvador, dois representantes da saúde suplementar e dois representantes da saúde pública. O Comitê Estadual é também dividido em duas áreas: Saúde Pública e Saúde Suplementar.

Essas experiências institucionais mostram a necessidade de adequação da justiça para lidar com uma demanda de política pública. Conforme apontado pela pesquisa do CNJ:

---

[7] Considerando, sobretudo, a diminuição da taxa de natalidade.

> Os atores do Judiciário entrevistados apontam para o fato de que na judicialização da saúde o juiz tem que intermediar um conflito que não é jurídico, envolvendo a decisão política de fazer ou não fazer, a questão da gestão do sistema, as possibilidades de itinerário dentro do SUS e o conhecimento deste pela população etc. Enfim, a judicialização desafia o magistrado a dialogar com a política e as políticas públicas (CNJ, 2019, p. 93).

Outra questão apontada pela mesma pesquisa é a necessidade de adequação do cadastro de informações para tornar os dados da judicialização mais claros e acessíveis aos magistrados. Conforme apontou o Juiz Sadraque Rios, do TJBA, é preciso "sensibilizar as instituições do sistema de justiça a fazer o cadastro correto das informações dos casos de judicialização da saúde, pois 'do contrário, toda a política judiciária, que se baseia nisso [dados], fica muito comprometida'" (CNJ, 2019, p. 93). A uniformização dos termos de cadastramento dos casos é relevante para conhecermos melhor as características da judicialização da saúde nos diferentes estados brasileiros e representa mais um efeito da judicialização colocado às instituições judiciais.

Caso interessante é o da Defensoria Pública do estado do Espírito Santo, que criou um Procedimento Extrajudicial de Saúde (PES), um sistema eletrônico que possibilita a comunicação direta com a Secretaria de Estado da Saúde, atendendo mais rapidamente os demandantes e, ao mesmo tempo, evitando a judicialização – e o custo do processo judicial. Essa parceria entre Defensoria e Secretaria Estadual é um mecanismo de entrelaçamento judicial que diminui os custos da judicialização, uma vez que o gestor estadual consegue conhecer melhor a demanda e antecipar compras por meio de processos licitatórios, evitando as compras emergenciais típicas da antecipação de tutela dos processos judiciais.

Também no caso da educação é possível observar os efeitos da judicialização para as instituições judiciais. O caso mais emblemático de entrelaçamento institucional com efeitos para as instituições judiciais é o do município de São Paulo, em que a justiça determinou ao poder público a abertura de 150 mil vagas em creches no período entre 2013 e 2017.

Em 2012, foi criado no município um Grupo de Trabalho Interinstitucional sobre Educação Infantil (GTIEI), que participou da Audiência Pública no Tribunal de Justiça, em 2013, para discutir a questão das vagas na educação infantil. A audiência não conseguiu gerar um acordo entre as partes. A justiça condenou então a prefeitura, que deveria criar as 150 mil novas vagas e criou

um Comitê de Monitoramento do cumprimento da decisão judicial junto à Coordenadoria da Infância do Tribunal de Justiça.

O Comitê conta com a participação de organizações da sociedade civil, do Ministério Público (Grupo Especial de Educação – GEDUC) e Defensoria Pública. Este é um efeito importante da judicialização sobre os órgãos do sistema de justiça, pois gerou a primeira Audiência Pública realizada pelo TJSP e articulou Judiciário, MP e DP não apenas numa tentativa de discutir os casos de judicialização, tal como ocorre nas instâncias interinstitucionais da saúde, mas para o acompanhamento do cumprimento da decisão judicial, o que é inédito.

O caso da judicialização da educação no município de São Paulo gerou ainda uma reestruturação institucional da Defensoria Pública no município, conforme demonstrou Silva (2018). Em especial, aponta a autora, houve a necessidade de adaptação dos defensores às novas demandas, conforme fica claro no trecho de entrevista abaixo:

> Foi sendo sentido na triagem que existia um número muito grande dessa procura. Tinham dias aqui que passavam de 100 pessoas que vinham buscar uma vaga em creche. Percebendo esse cenário, a administração da Defensoria Pública entendeu que seria necessário adotar algum tipo de providência para atender essa demanda que era contínua, crescente e que precisava de um olhar mais individualizado. Foram pensadas várias formas de atuação e isso resultou na montagem de um procedimento padrão, a necessidade de treinar defensores e estagiários para atender especificamente essa demanda (Defensor Público da região central do município de São Paulo) (Silva, 2018, p. 91).

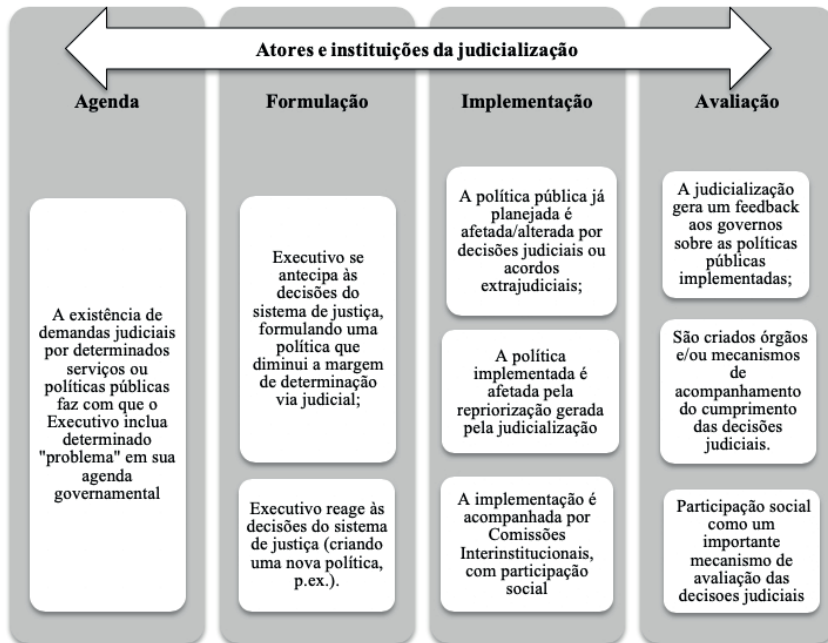
Além das mudanças institucionais, que passam por criação de áreas especializadas e serviços de atendimento ao cidadão, com a participação de operadores do Direito, há também o processo de aprendizado pelo qual esses atores passam, capacitando-os a lidar com uma demanda social crescente em assuntos específicos e complexos de políticas públicas.

4.3 Efeitos da judicialização para as políticas públicas

As políticas públicas sofrem, crescentemente, os efeitos diretos e indiretos do processo de judicialização. Não apenas mudanças são promovidas pelos gestores públicos nas políticas implementadas, como também a judicialização gera

um comportamento preventivo por parte daqueles que formulam as políticas: temas não considerados entram para a agenda governamental em decorrência da judicialização; o Executivo leva em consideração os efeitos da (possível) judicialização, buscando minorá-los já na formulação das políticas; o Executivo pode reformular uma política para enfrentar a judicialização; uma política pública já implementada pode ser alterada por decisões judiciais ou acordos extrajudiciais; o grau de priorização de uma política pode alterar-se em virtude da judicialização; o processo de implementação pode ser acompanhado por atores do sistema de justiça tendo em vista o cumprimento de decisões judiciais; a judicialização pode servir como um "alarme de incêndio", apontando ao gestor os problemas de uma política pública.

Apresento abaixo os possíveis efeitos da judicialização das políticas públicas a partir das diferentes fases das políticas.

Figura 1 - Efeitos da judicialização sobre as fases do processo de política pública

Fonte: Oliveira (2019).

No caso do direito à saúde, Oliveira e Noronha (2011) demonstram um caso de política que foi criada a partir da judicialização: no estado de São Paulo, o leite de soja era demandado judicialmente para crianças com intolerância à proteína do leite de vaca. Por conta do elevado número de ações judiciais, a Secretaria Estadual de Saúde resolveu incorporar o leite à política estadual de assistência farmacêutica, distribuindo-o gratuitamente na rede pública. A judicialização excessiva levou a Secretaria a normatizar a "dispensação de fórmulas infantis especiais para pacientes com alergia ao leite de vaca" (SES/SP, Resolução SS-336, de 27/11/2007).

Acerca do direito à educação, o caso mais emblemático é o do município de São Paulo, em que a justiça determinou ao poder público a abertura de 150 mil vagas em creches no período entre 2013 e 2017. Em 2012, foi criado no município o Grupo de Trabalho Interinstitucional sobre Educação Infantil (GTIEI), que participou da Audiência Pública no Tribunal de Justiça, em 2013, para discutir a questão das vagas na educação infantil.

A audiência não conseguiu gerar um acordo entre as partes. A justiça condenou então a Prefeitura, que deveria criar as 150 mil novas vagas, e criou um Comitê de Monitoramento do cumprimento da decisão judicial junto à Coordenadoria da Infância do Tribunal de Justiça.

O Comitê conta com a participação de organizações da sociedade civil, do Ministério Público (Grupo Especial de Educação – GEDUC) e da Defensoria Pública e tem o papel de acompanhar a implementação da política – ou seja, se a Prefeitura está cumprindo a decisão judicial e criando as vagas em creches determinadas pela justiça. Nesse caso, o Judiciário interferiu diretamente na política municipal de educação infantil, não apenas garantindo o direito, mas também determinando ao gestor o número de vagas a serem criadas.

Em 2017, uma nova audiência pública foi realizada no TJSP, e um novo acordo foi firmado em substituição à execução provisória por descumprimento parcial de decisão judicial. O município assumiu então o compromisso de: (a) criar, no mínimo, 85.500 novas matrículas em creches até 31 de dezembro de 2020; (b) priorizar as Diretorias Regionais de Ensino que registraram em 31 de dezembro de 2016 as maiores demandas de crianças não atendidas; (c) ampliar as matrículas conforme os parâmetros de qualidade de atendimento; (d) realizar monitoramento, avaliação e controle social da política municipal de educação infantil, que inclui o diagnóstico regionalizado da situação da educação infantil na cidade, a garantia de condições para aplicação anual dos Indicadores de

Qualidade da Educação Infantil Paulistana em todas as unidades de educação infantil, a realização de reuniões semestrais de monitoramento entre a Secretaria Municipal de Educação e o Comitê de Assessoramento do TJSP e a disponibilização de informações e dados da educação infantil de forma pública e periódica (Silveira et al., 2018). Difícil haver maior interferência judicial no desenho, na implementação e na avaliação da política do que nesse caso.

As decisões judiciais interferem, portanto, nas políticas públicas implementadas pelos governos, decidindo sobre prioridades, uso dos recursos, temporalidade e mecanismos de controle. Conforme o ministro Celso de Melo, em decisão sobre as vagas em creches:

> Embora inquestionável que resida, primariamente, nos poderes Executivo e Legislativo, a prerrogativa de formular e executar políticas públicas, revela-se possível, no entanto, ao Poder Judiciário, ainda que em bases excepcionais, determinar, especialmente nas hipóteses de políticas públicas definidas na Constituição, sejam estas implementadas, sempre que os órgãos estatais competentes, por descumprirem os encargos político-jurídicos, que sobre eles incidem em caráter impositivo, vierem a comprometer, com a sua omissão, a eficácia e a integralidade dos direitos sociais e culturais impregnados da estrutura constitucional (STF, ARE 0085932-59.2015.8.07.0001 DF, 15/12/2017).

4.4 Efeitos da judicialização para os movimentos sociais

Conforme salientei anteriormente (Oliveira, 2019), os movimentos sociais também precisaram adaptar-se para utilizar a judicialização das políticas públicas como estratégia para a garantia de direitos. Como lembrou Taylor (2008, p. 6), "os atores políticos buscam o melhor caminho institucional para influenciar os resultados em termos de políticas públicas", e este vem sendo adotado pelos movimentos sociais, que viram no Judiciário um caminho eficiente na luta política pela garantia de direitos e estruturaram-se juridicamente para acionar as instituições e os instrumentos judiciais, percebendo esta como uma via adicional (e mais rápida) à luta política.

Os movimentos sociais não apenas acionam a justiça, mas também participam de comitês de acompanhamento das decisões decorrentes de processo de judicialização, como é o caso do Comitê de Assessoramento estabelecido na

cidade de São Paulo para o monitoramento do processo de criação de vagas em creches citado anteriormente (Rizzie Ximenes, 2014).

Por outro lado, há efeitos negativos da judicialização sobre os movimentos sociais, como é o caso do Movimento dos Atingidos pelo Desastre (MAD), em Blumenau/SC, estudado por Burckhart (2017). Após a tragédia socioambiental em 2008 na região do Vale do Itajaí, o movimento reivindicou o direito à moradia digna às 25 mil pessoas afetadas pelas enchentes. Como a Prefeitura não garantiu uma solução para a população, o movimento ocupou irregularmente uma propriedade do poder público municipal e a Prefeitura acionou o Judiciário contra o movimento.

De acordo com Burckhart, "a judicialização foi o ponto crucial para a desestabilização do processo reivindicativo, funcionando como uma forma de negação da política e do diálogo" (Burckhart, 2017, p. 245). Embora esse não seja um caso relacionado ao direito à saúde ou à educação, é mencionado dada a carência de trabalhos sobre a participação dos movimentos sociais na judicialização desses direitos.

Comparando a judicialização da saúde no Brasil e em Portugal, Asensi (2013, p. 813) afirma, sobre o caso brasileiro, que "as esferas representativas ou participativas que se construíram na saúde passaram a conviver com a esfera judicial, que ocupou espaço privilegiado – apesar de não exclusivo – na efetivação do direito à saúde". Embora ainda se saiba pouco sobre como os movimentos sociais mobilizam o Judiciário e demais instituições do sistema de justiça, o fato é que, como apontou o autor, a esfera judicial ocupou um espaço privilegiado.

4.5 Efeitos da judicialização para o Poder Legislativo

O Poder Legislativo, seja municipal, estadual ou federal, também lida com o tema da judicialização das políticas públicas, embora seja a instituição que menos sofre os efeitos desse processo. No nível federal, tivemos, em 2014, a apresentação de um projeto de lei pelo Deputado Federal Paulo Teixeira (PT), que "institui processo especial para o controle e intervenção em políticas públicas pelo Poder Judiciário". De acordo com a justificativa do projeto:

> É preciso fixar parâmetros seguros para o juiz e para as partes e é preciso, principalmente, criar um novo processo, de cognição e contraditório ampliados, de natureza dialogal e colaborativa, com ampla intervenção do Poder Público e da sociedade,

> ou seja, um novo processo adequado à tutela jurisdicional dos chamados conflitos de ordem pública. Somente assim a intervenção judicial em políticas públicas não criará problemas insolúveis para a Administração e para a população, como tem ocorrido, e o juiz poderá decidir com equilíbrio e justiça após conhecer todos os dados da questão que está em jogo, sem se substituir ao administrador. E deverá acompanhar a execução que, por sua vez, há de ser flexível para a efetividade do comando judicial (Câmara dos Deputados, Brasil, PL 8058/2014).

Ainda em tramitação, o projeto visa a criar um procedimento padrão para os processos de judicialização, ampliando o controle das diferentes esferas da administração pública sobre o que se está judicializando, as respostas do Executivo e o acompanhamento do cumprimento da decisão judicial pelo Judiciário. Propõe, ainda, meios alternativos para a solução das controvérsias, como, por exemplo, audiências de mediação ou conciliação, contando com a figura dos entes colaboradores-comissários, inspirada no Código de Processo Administrativo italiano. Mais do que isso, vislumbra resolver o problema da "intervenção judicial em políticas públicas" para a administração e para a população, "como tem ocorrido" (Câmara dos Deputados, Brasil, PL 8058/2014).

É claro que o projeto de lei é mais ambicioso do que de fato efetivo no equacionamento dos efeitos negativos da judicialização. Mesmo assim, busca uma solução política para a deletéria "intervenção judicial em políticas públicas".

Mas o Legislativo não atua apenas no sentido de barrar a judicialização. Legislativos municipais são chamados a atuar para enfrentar os efeitos da judicialização sobre a gestão municipal das políticas. Em pesquisa sobre judicialização em alguns municípios do estado de São Paulo (Silveira et al., 2018), o caso do município de Caieiras foi citado como um no qual a Câmara Municipal precisou aprovar uma lei que autorizava o Executivo municipal a criar convênios com entidades sem fins lucrativos para atender à demanda por creches advinda da judicialização da educação infantil, já que não era permitido até então. O Executivo precisou acionar o Legislativo para conseguir responder a uma demanda do Judiciário.

Por fim, o Legislativo pode reagir à judicialização opondo-se a ela. O efeito indireto gerado pela judicialização é, nesse caso, o de tirar o Legislativo da inação. Um exemplo, nesse sentido, é o caso da união homoafetiva, estudado por Marin (2019). A autora demonstrou que a decisão do STF de 2011, que garantiu o direito à união homoafetiva por meio de uma interpretação constitucional, gerou uma alteração na posição do Congresso sobre o tema: os parlamentares contrários a

esse direito mobilizaram-se e apresentaram novas propostas legislativas visando a impedir a união homoafetiva no Brasil, buscando tornar a decisão judicial sem efeito a partir da aprovação da lei.

Assim, se, por um lado, a judicialização gerou o resultado esperado, isto é, a garantia do direito pelo STF, por outro, gerou também uma reação não esperada ao tirar o Congresso da inação. O tema, que vinha sendo discutido há mais de 10 anos e com a maioria dos projetos favoráveis à união homoafetiva, nunca avançou para além das discussões legislativas.

Após a decisão do STF, foi retomado, mas, a partir de então, com maior número de projetos contrários – e resultados ainda incertos sobre a questão (Oliveira, 2019). Novamente, embora esse não seja um exemplo atinente ao direito à saúde ou à educação, traz-nos elementos para pensar a atuação do Legislativo em resposta à judicialização. Pesquisas futuras poderão apontar se a judicialização da saúde ou da educação tiraram os Legislativos da inação em casos específicos.

5 Considerações Finais

O que se pode verificar nos casos de judicialização das áreas de saúde e educação infantil é que há variações significativas nos efeitos diretos e indiretos gerados, a depender da política pública em jogo, do item que se está demandando judicialmente, dos atores e instituições envolvidas. E os efeitos são variados para os Executivos, Legislativos, Judiciário e instituições judiciais, movimentos sociais e para as próprias políticas públicas judicializadas.

Aqui apontamos os efeitos já observados em alguns estudos do tema, mas que aparecem nos trabalhos de maneira muito dispersa, sem necessariamente serem eles – os efeitos diretos e indiretos – o foco de atenção. O estudo sobre efeitos, ainda que em estágio inicial, aponta para uma questão de importância central para a gestão das políticas públicas e das instituições nelas envolvidas: como o fenômeno altera o contexto de produção e implementação e, portanto, os próprios resultados das políticas. Por essa razão, compreender mais e melhor os efeitos da judicialização deve ser objeto de análise das pesquisas envolvidas com o tema.

Essa importância é amplificada se considerarmos a crescente percepção social a respeito do Judiciário como um canal efetivo de busca de direitos. Isso não significa que a atuação deste seja inquestionavelmente adequada e justa. Excessos existem, especialmente quando o Judiciário impõe ao Executivo sentenças

desconectadas das políticas públicas governamentais, com custos exorbitantes, que desconsideram a organização federativa ou que exacerbam as desigualdades no acesso a direitos sociais.

Por outro lado, é impossível negar o fato de que a judicialização das políticas sociais gera movimentos dentro do Executivo para a concretização de direitos que, não fosse essa interação Judiciário-Executivo, talvez não fossem priorizados pelas administrações públicas. Este é, indubitavelmente, o principal efeito dos processos de judicialização das políticas públicas. Como afirmou John Ferejohn (2002),

> Quando os ramos políticos não conseguem agir, as pessoas que buscam resolução para seus conflitos tenderão a migrar para instituições nas quais possam obter soluções; tribunais (e os processos legais associados) representam com frequência tais caminhos (Ferejohn, 2002, p. 55, tradução minha).

Enfim, a judicialização das políticas públicas veio para ficar e deve expandir-se tanto nas áreas já amplamente judicializadas como em outras áreas de políticas, como habitação, saneamento, assistência social etc. As sociedades democráticas precisarão lidar com ela e com seus efeitos diretos e indiretos, encontrando soluções para minorar as injustiças decorrentes, aprimorando as instituições para geri-la, adequando a política e as políticas públicas para a atuação crescente das instituições do sistema de justiça no processo de políticas públicas.

Referências

Adrião, T. e Domiciano, C. A. "Atendimento à educação infantil em São Paulo: abordando o subsídio público ao setor privado". In Silva, F. C. (org.). *O financiamento da educação básica e os programas de transferências voluntárias*. São Paulo: Xamã, 2011.

Asensi, Felipe Dutra. "Saúde, Poder Judiciário e sociedade: uma análise de Brasil e Portugal". *Physis – Revista de Saúde Coletiva*, Rio de Janeiro, v. 23, n. 3, p. 801-820, 2013.

Brasil. Supremo Tribunal Federal. "Recurso Extraordinário com Agravo 639.337/São Paulo, (ARE 639.337)". Ministro Celso de Melo, 21 de junho de 2011. Disponível em: http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ARE_639.337SP_Decisao.pdf.

Brinks, Daniel e Gauri, Varun. "A New Policy Landscape: Legalizing Social and Economic Rights in the Developing World". In: Gauri, Varun e Brinks, Daniel M. (ed.). *Courting Social Justice: judicial enforcement of social and economic rights in the Developing World*. Cambridge University Press, 2008.

Burckhart, T. R. "Entre o político e o jurídico: a judicialização dos movimentos sociais e a capacidade de resiliência dos movimentos socioambientais". *Revista Eletrônica Direito e Sociedade*, v. 5, n. 1, p. 243-257, 2017.

Catanheide, Izamara Damasceno et al. "Características da judicialização do acesso a medicamentos no Brasil: uma revisão sistemática". *Physis – Revista de Saúde Coletiva*, v. 26, n. 4, p. 1.335- 1.356, dez. 2016.

Chabbouh, Gabriela P. L. *O impacto da judicialização da saúde sobre a Secretaria Municipal de Saúde de São Paulo: orçamento e organização administrativa* (Dissertação). UFABC, São Bernardo do Campo, São Paulo, 2019.

Chieffi, Ana Luiza e Siqueira, Paula Sue Facundo de. "Judicialização da saúde no estado de São Paulo'. In Santos, Lenir e Terrazas, Fernanda (org.). *Judicialização da saúde no Brasil*. Campinas, SP: Saberes, 2014. p. 267-301.

CNJ – Conselho Nacional de Justiça. "Judicialização da Saúde no Brasil: perfil das demandas, causas e propostas de solução". Relatório de Pesquisa – Justiça Pesquisa, 2019.

Couto, Cláudio G. e Arantes, Rogério B. "Constitution, Government and Democracy in Brazil". *World Political Science Review*, v. 4, n. 2, 2008.

Cury, Carlos Roberto J. e Ferreira, Luiz Antonio M. "A judicialização da educação". *Revista CEJ*, Brasília, n. 45, abr.-jun. 2009.

Ferejohn, John. "Judicializing Politics, Politicizing Law". *Law and Contemporary Problems*, v. 65, n. 3, Summer 2002.

Holmes, Stephen e Sunstein, Cass R. *The Cost of Rights.* New York: Norton, 2000.

Marchetti, Vitor e Cortez, Rafael. "A judicialização da competição política: o TSE e as coligações eleitorais". *Opinião Pública*, Campinas, v. 15, n. 2, nov. 2009.

Marin, Juliana F. M. "O reconhecimento da união homoafetiva na perspectiva da judicialização da política". In Oliveira, Vanessa E. *Judicialização de políticas públicas no Brasil*. Rio de Janeiro: Fiocruz, 2019.

Naffah Filho, M. et al. "S-Codes: um novo sistema de informações sobre ações judiciais da Secretaria de Estado da Saúde de São Paulo". *Boletim Epidemiológico Paulista*, v. 7, n. 84, p. 18-30, 2010.

Nascimento, A. P. S. e Silva, C. N. "As creches conveniadas em São Paulo: quais os reais motivos dessa opção política". *Fineduca – Revista de Financiamento da Educação*, Porto Alegre, v. 5, n. 10, 2015.

Oliveira, Maria dos Remédios M. et al. "Judicialização da saúde: para onde caminham as produções científicas?". *Saúde em Debate*, v. 39, n. 105, Rio de Janeiro, abr.-jun. 2015.

Oliveira, Vanessa E. "Judiciário e rivatizações no Brasil: existe uma judicialização da política?". *Dados – Revista de Ciências Sociais*, Rio de Janeiro, v. 48, n. 3, 2005.

______ e Noronha, Lincoln N. "Judiciary-Executive Relations in Policy Making: the case of drug distribution in the state of Sao Paulo". *Brazilian Political Science Review*, v. 5, n. 2, 2011, p. 10-38.

______ et al. "Judiciário e políticas públicas: o caso das vagas em creches na cidade de São Paulo". *Revista Educação & Sociedade*, v. 39, n. 142, p. 652-670, 2018.

______. *Judicialização de Políticas Públicas no Brasil*. Rio de Janeiro: Fiocruz, 2019.

______. "Caminhos da judicialização do direito à saúde". In ______. *Judicialização de políticas públicas no Brasil*. Rio de Janeiro: Fiocruz, 2019.

Rizzi, E. e Ximenes, S. B. "Litígio estratégico para a mudança do padrão decisório em direitos sociais: ações coletivas sobre educação infantil em São Paulo". In Encontro Nacional da ANDHEP, VIII, *Anais [...]*, São Paulo, 2014.

Scheffer, Mário. "Coberturas assistenciais negadas pelos planos e seguros de saúde em ações julgadas pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo". *Revista de Direito Sanitário*, v. 14, n. 1, p. 122-131, 2013.

______ et al. "O remédio via justiça: um estudo sobre o acesso a novos medicamentos e exames em HIV/Aids no Brasil por meio de ações judiciais". Brasília: Ministério da Saúde, Série Legislação n. 3, p. 24-38, 2005. Disponível em: http://www.aids.gov.br /final.biblioteca/medicamentos_justica/medic-justica01.pdf.

Sieder, R. et al. *The Judicialization of Politics in Latin America*. New York: Palgrave Macmillan, 2009.

Silva, Mariana P. *Defensoria Pública na judicialização da educação infantil no município de São Paulo: efeitos institucionais e sobre as políticas públicas* (Dissertação). UFABC, São Bernardo do Campo, São Paulo, 2018.

Silveira, A. D. et al. "Efeitos da atuação do sistema de justiça no direito à educação infantil: um estudo da judicialização da política educacional em três estados brasileiros". Relatório Final de Pesquisa, Projeto Universal CNPq 2014, Curitiba, 2018.

Tate, C. Neal e Vallinder, Torbjorn (ed.). *The global expansion of judicial power*. New York: NYU Press, 1995.

Taylor, Matthew. *Judging policy: Courts and Policy Reform in Democratic Brazil*. Stanford: Stanford University Press, 2008.

Vasconcelos, Natália P. *Mandado de Segurança ou Ministério da Saúde? Gestores, procuradores e respostas institucionais à judicialização* (Tese). Universidade de São Paulo, São Paulo, 2018.

Ventura, Miriam et al. "Judicialização da saúde, acesso à justiça e a efetividade do direito à saúde". *Physis (online)*, v. 20, n. 1, p. 77-100, 2010.

Vianna, Luiz W. et al. "Dezessete anos de judicialização da política". *Tempo Social – Revista de Sociologia da USP*, v. 19, n. 2, nov. 2007.

Wang, Daniel et al. "Os impactos da judicialização da saúde no município de São Paulo: gasto público e organização federativa". *Revista de Administração Pública*, Rio de Janeiro, v. 48, n. 5, p. 1191-1206, set.-out. 2014.

– 5 –
O reconhecimento da identidade de travestis e transexuais sob julgamento: o comportamento judicial do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul (2003 a 2016)[1]

Leonardo Geliski

1 Introdução

Em 2018, o Supremo Tribunal Federal (STF) julgou o reconhecimento à identidade da população trans com a possibilidade de retificação do registro civil, alteração do nome e do sexo nos documentos, independentemente da realização de cirurgia, por meio da Ação Direita de Inconstitucionalidade (ADI) de n.º 4.275 de 2009 (Sousa, 2019; Supremo Tribunal Federal, s/d, 2018). O acesso ao direito à identidade, reconhecimento de um dos elementos centrais da cidadania – o direito ao nome –, adveio, não por via legislativa, mas da mobilização junto ao Poder Judiciário. A Lei de Registros Públicos, lei n.º 6.015, de 1975, não disciplinava expressamente a retificação sobre esses casos, sendo, por via de interpretação judicial, a possibilidade de retificação aplicada no âmbito dos tribunais (Bento e Pelúcio, 2012).

---

[1] O presente capítulo é uma adaptação do trabalho "O direito à identidade da população trans no Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul (2002 a 2016)", apresentado na Universidade Federal do Rio Grande do Sul. Agradeço à minha orientadora Lígia Mori Madeira e aos professores Luciano Da Ros, Rochele Fellini Fachinetto e Denise Dourado Dora pelos comentários feitos ao trabalho.

Com o advento da Constituição Federal de 1988, houve a ampliação do rol de direitos e garantias fundamentais, tendo incorporado as reivindicações de diferentes movimentos sociais nas mais diversas áreas, da saúde à educação. Apesar da nova política constitucional ter incorporado as reivindicações de diversos setores da sociedade ligados a movimentos sociais e ativismos de direitos humanos, as minorias da diversidade sexual e de gênero – Lésbicas, Bissexuais, Gays, Travestis e Transexuais (LGBT) – subsistiram em um limbo de ausência normativa de acesso a direitos, tendo sido estes garantidos de forma mais tardia e para além do processo legislativo, a exemplo das ações judiciais de reconhecimento da união de pessoas do mesmo sexo em 2011 (Supremo Tribunal Federal, 2011) e da decisão sobre o direito à retificação de registro civil de pessoas trans pelo STF em 2018.

Até pouco tempo, o acesso ao direito à identidade e a lentidão da atuação legislativa do Congresso Nacional em aprovar leis em prol dessa população marcou a transposição das reivindicações de direitos da arena legislativa para a judiciária. Os movimentos sociais e os indivíduos se mobilizaram na luta por direitos em outras esferas do Estado, no âmbito dos governos subnacionais, com o movimento de instituição do nome social e, no Poder Judiciário, com a litigância por acesso à cidadania.

Nesse cenário de mobilização social e judicialização de direitos, a presente pesquisa analisou as demandas de retificação de registro civil de transexuais e travestis junto ao Poder Judiciário estadual, arena responsável pela disciplina, no caso concreto, das demandas relativas ao direito à identidade. A partir do estudo do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul (TJRS), envolvendo ações de 2002 a 2016, a pesquisa buscou mapear a trajetória do perfil de atuação do Poder Judiciário estadual e da dinâmica dos julgamentos dos processos de retificação de registro civil, anteriores ao julgamento da ADI 4.275/2009 pelo STF, em 2018.

Diante disso, tem-se como objeto de pesquisa o mapeamento das demandas de judicialização de retificação de registro civil de transexuais e travestis junto ao TJRS, de modo a identificar os atores envolvidos no processo de judicialização, os padrões de julgamento e o perfil central do debate sobre direito à identidade movido dentro da arena judicial. Enquanto uma pesquisa exploratória, adotaram-se como método de trabalho as técnicas de estatística descritiva para traçar o perfil da judicialização, e o método de análise textual, análise de dicionário, para examinar os argumentos utilizados pelos julgadores em suas decisões.

Este trabalho divide-se em seis partes: A primeira, a presente introdução; a segunda, os marcos conceituais do debate sobre identidade de gênero; a terceira, a contextualização teórica sobre os estudos de comportamento e política judicial; a quarta, a descrição da metodologia de pesquisa; a quinta, o exame da atuação do TJRS nos casos de retificação de registro civil a partir dos dados levantados; e, por fim, a sexta, as considerações finais.

2 O movimento de travestis e transexuais e a luta pelo reconhecimento de um direito à identidade

A forma como os indivíduos se percebem e buscam ser reconhecidos, a sua identidade, é um elemento intrínseco à formação das pessoas enquanto sujeitos pertencentes a uma sociedade. Esse direito à identidade vinha sendo negado historicamente à população de travestis, mulheres transexuais e homens trans, especialmente, a negação ao reconhecimento de sua identidade de gênero[2].

As discussões sobre gênero e identidades são amplas e não podem ser abreviadas em apenas um tópico. Nesta pesquisa, adotamos dois conceitos trabalhados pela autora Jaqueline Gomes de Jesus (2012b): (1) gênero enquanto "[c]lassificação pessoal e social das pessoas como homens ou mulheres. Orienta papéis e expressões de gênero. Independente do sexo" (Jesus, 2012b, p. 13); e (2) identidade de gênero enquanto processo de autoidentificação quanto ao "[G]ênero com o qual uma pessoa se identifica, que pode ou não concordar com o gênero que lhe foi atribuído quando de seu nascimento" (Jesus, 2012b, p. 14).

Esses dois conceitos elucidam um elo entre a concepção de identidade e a de gênero, de modo que ambos se relacionam com a subjetividade dos indivíduos da forma como eles se autorreconhecem. Nesse sentido, Berenice Bento (2008) olha para a(s) transexualidade(s) e travestilidade(s) a partir da complexidade que envolve o processo de instauração social de uma identidade, este que tem seu início por meio dos discursos dos sujeitos (Bento, 2008, p. 69). Assim, ao se falar desses temas, pode-se trazer uma ideia não de uma identidade singular, mas de múltiplas identidades.

A transexualidade e a travestilidade, segundo a literatura (Bento, 2008, 2014; Bento e Pelúcio, 2012; Jesus, 2012a, 2012b), estão envoltas em uma

---

[2] Neste caso, está sendo concebida a ideia de identidade enquanto o reconhecimento do nome e do gênero dos indivíduos.

complexidade de processos sociais e discursivos. Um desses debates polariza a construção do gênero como categoria biologizante ou como uma política de afirmação, de construção social e subjetiva dos indivíduo. Nesse sentido, Jesus (2012a) pontua que essa população continua inserida no campo da patologização das identidades de gênero, isto é, o reconhecimento da identidade do sujeito associa-se a um diagnóstico.

A lógica da produção da identidade a partir da prescrição dos saberes associados à área médica aparece, inicialmente, nas discussões sobre a transexualidade[3]. Nessa área, tem-se a construção do gênero enquanto uma "categoria medicalizável" (Bento e Pelúcio, 2012, p.), a identidade reconhecida a partir de um diagnóstico. Nesse sentido, Bento (2008, p. 58) destacou que:

> Nas últimas décadas, a formulação de um diagnóstico diferenciado para transexualidade terminou por produzir um sujeito transexual universal e homogêneo. Aquele/a que consegue se ajustar às definições e aos critérios estabelecidos para um/a 'transexual verdadeiro' (Bento, 2008, p. 58).

Em contraponto à lógica medicalizante, deve-se partir das lentes do debate sobre gênero, que transcende as noções binárias de gênero (masculino e feminino), e da ideia de estruturas biológicas enquanto únicos elementos constituidores da identidade (Bento, 2008, p. 59). Nessa perspectiva contrária à patologização está inserida a mobilização de pessoas transexuais e travestis na luta pela autodefinição de suas identidades e o combate à patologização destas (Jesus, 2012a), um embate da luta pelo direito ao reconhecimento que, a partir dos anos 1990, "a comunidade transexual começou a questionar as verdades produzidas pelo saber/poder médico e passou a trazer a público histórias de vida que divergem do padrão transexual" (Bento, 2008, p. 60).

No campo da constituição dos sujeitos políticos no Brasil, Carvalho e Carrara (2013) assinalam que as travestis, enquanto sujeitos mobilizadores de uma política identitária, antecederam o debate público sobre transexualidade, de modo que "a possibilidade de construção da categoria 'transexual' como uma identidade diferente da de 'travesti' parece ser bem mais recente, emergindo entre o final dos anos 1990 e o início dos anos 2000" (Carvalho e Carrara, 2013, p. 325).

---

[3] Ao se referenciar a transexualidade na área da saúde como patologia, utilizava-se a palavra "transexualismo", em que o sufixo "ismo" se relaciona à ideia de doença.

A população trans[4] é constantemente invisibilizada na conjuntura brasileira, sem acesso a direitos civis básicos (como o nome), concebida como "seres abjetos, porque não são inteligíveis para os padrões hegemônicos de gênero (fundamentados no binarismo) e até mesmo de sexualidade" (Jesus, 2012a, p. 2). O acesso a direitos e à permeabilidade de suas demandas por reconhecimento, à saúde e à segurança tem-se dado por meio da mobilização coletiva e das interações com as diversas arenas do Estado. Ante a demora do Legislativo Federal na aprovação de leis que garantam direitos a esses grupos, o Executivo e o Judiciário (judicialização) têm-se mostrado, em parte, campos de transformação e acesso à cidadania, por ora negada.

Com relação à mobilização por direitos no estado do Rio Grande do Sul, especificamente, no município de Porto Alegre, eram realizados mutirões do direito à identidade por um grupo especializado em demandas de direitos sexuais e de gênero, o G8-Generalizando do Serviço de Assistência Judiciária Gratuita da Universidade Federal do Rio Grande do Sul, em parceria com a ONG Igualdade-RS, o Instituto Brasileiro de Transmasculinidade (IBRAT) e o NUPSEX/UFRGS. Tais mutirões visavam ao protocolamento de um grande número de processos sobre retificação junto ao Poder Judiciário de demandas de direito à identidade de pessoas trans, bem como atuavam enquanto movimento político em prol da despatologização das identidades e da promoção de direitos da população LGBT (G8-Generalizando, 2016; Lentz, 2013; OAB/RS, 2016).

Os mutirões de retificação de registro civil aconteciam no âmbito do projeto "Direito à Identidade: Viva o seu Nome"[5], tendo sido realizada, em janeiro de 2016, a sétima edição do projeto, que teve início em 29 de janeiro de 2013 (G8-Generalizando, 2016; OAB/RS, 2016). Diante desse contexto local de ações coordenadas de litigância em prol do direito à identidade, qual a trajetória da judicialização dessas demandas no estado? Para poder mapear o perfil desses

---

[4] Ao se referenciar a transexualidade na área da saúde como patologia, utilizava-se a palavra "transexualismo", em que o sufixo "ismo" se relaciona a ideia de doença. Expressão utilizada pela literatura para referenciar a população de travestis, mulheres trans e homens trans. Carvalho (2016) ao dissertar sobre a designação do grupo de indivíduos que compõe o grupo de travestis e transexuais, observa que há "relativo consenso político no uso da categoria pessoas trans como englobante das diversas expressões identitárias, assim como com o uso de movimento de travestis, mulheres transexuais e homens trans como forma de explicitar os diferentes sujeitos políticos do movimento ou de movimento trans como forma de sintetizar tais sujeitos" (Carvalho, 2016, nota de n.º2).

[5] Sobre a origem do mutirão, conferir Lentz (2013).

litígios, devemos entender as dinâmicas da própria política e do comportamento judicial dos tribunais.

3 Política judicial e comportamento dos tribunais: interface entre as decisões judiciais e a possibilidade de mudança social

Neste tópico, discorreremos sobre as bases teóricas que serão utilizadas para analisar a atuação do TJRS e de seus atores na definição de uma política de retificação de registro civil para travestis, mulheres transexuais e homens trans no âmbito do tribunal. A reflexão sobre a construção de uma política judicial do direito à identidade passa, antes de tudo, sobre a compreensão se as cortes têm capacidade ou não de promoção de mudança social e o exame das dinâmicas próprias do comportamento judicial nos processos de tomada de decisão.

3.1 Mudança social e atuação dos tribunais: uma breve revisão da literatura

Uma das perguntas centrais da literatura sobre o papel das cortes é se elas podem promover mudança social, isto é, se a tomada de decisão dos tribunais sobre um determinado assunto pode gerar um impacto significativo sobre determinado fenômeno judicializado. Ao dissertar sobre a constituição desse campo, Maciel (2011, p. 98) sublinha três tipos de abordagens distintas: a primeira, a *top-down approach*, cujo objeto de análise se centra no papel das decisões judiciais para a promoção de mudança social; a segunda, a *cause lawyering* (advocacia de causa), cujo foco reside na atuação de advogados e redes ativistas; e a terceira, a "abordagem baseada na teoria do processo político (*political process-based approaches*) [que] analisa o uso do direito e dos tribunais como fenômeno emergente no curso da mobilização política de grupos e movimentos sociais" (Maciel, 2011, p. 98).

Dentre essas três abordagens, neste estudo, adotou-se a abordagem *top-down*, a fim de analisar a atuação da justiça estadual do Rio Grande do Sul nas demandas de retificação de registro civil. Diante disso, faz-se necessário traçar alguns marcos teóricos relacionados a essa abordagem, quais sejam: primeiro, qual o objeto de análise da abordagem *top-down*; segundo, operacionalizar a presença da litigância estratégica dentro do campo teórico das mobilizações do direito; terceiro, qual a fundamentação teórica para a constituição das cortes intermediárias como ponto importante de estudo.

A perspectiva *top-down approach* consolida-se primordialmente a partir do estudo das cortes superiores. Rosenberg (2008), ao estudar as decisões judiciais da Suprema Corte Americana, em especial, o caso *Brown v. Board of Education*, destaca que as cortes dificilmente promovem mudança social. Para esse autor, os fatores que limitam a atuação das cortes em direção à mudança são: "(1) O limite da natureza dos direitos constitucionais (Restrição I); (2) A falta de independência judicial (Restrição II); [e] (3) a falta do poder do judiciário para implementação (Restrição III)" (Rosenberg, 2008, p. 35, tradução nossa).

Quanto aos fatores que permitem que ocorra mudança social, sobrepondo as restrições, Rosenberg (2008) pontua que a inovação só pode acontecer a partir de um contexto amplo de precedentes pró-mudança, a existência de apoio dos Poderes Legislativo e Executivo e da sociedade para que a mudança ocorra (Rosenberg, 2008, p. 36). A partir dessa perspectiva, Epp (1998, 2011) trabalha com a ideia da existência de uma estrutura de suporte para que o ocorra a revolução de direitos (*the rights revolution*).

Partindo da perspectiva da demanda, os tribunais respondem à atuação da sociedade civil organizada, advocacia social (organizações de advogados, advocacia de movimentos sociais). Assim, a mudança associa-se à existência de suporte da litigância a partir do contexto de direitos e liberdades garantidas (*constitution-centered*), presença de estímulos para o litígio das organizações de direitos, quando magistrados dão suporte para direitos e garantias individuais (*judge-centered*), bem como a sociedade civil (*culture-centered*) (Epp, 1998, p. 17-23).

A partir de ambas as perspectivas, sobressai que um dos elementos centrais para a promoção de mudança social está relacionado com a existência da política constitucional (*polity*) para a sua concretização e a mobilização das demandas dos indivíduos e de grupos sociais. Para Couto (2005), a dimensão da *polity* estrutura o agir e a natureza do Estado, na medida em que instrumentaliza seus preceitos básicos e a organização de suas instituições. No caso brasileiro, a Constituição Federal (CF) de 1988 silenciou quanto à inclusão expressa das demandas da população LGBT, a exemplo da união de pessoas do mesmo sexo ou da proibição da discriminação sexual (Becks e Azevedo, 2009, p. 529). Entretanto, a CF institui os preceitos da igualdade e da antidiscriminação, estes que vêm sendo utilizados pelos grupos como suporte para as suas demandas por acesso a direitos.

No âmbito da mobilização do direito, a atuação relacionada à luta pela identidade de travestis e transexuais junto ao sistema da justiça brasileiro pode ser dividida inicialmente em dois grandes marcos: (1) macrodemandas junto ao

Supremo Tribunal Federal; e (2) demandas individuais, relacionadas à atuação junto aos Tribunais de Justiça dos estados. No campo de atuação junto ao STF, destacam-se a articulação das associações e dos grupos de militância na proposição de demandas e o ingresso como *amicus curiae* no pleito por acesso a direitos.

Em 2018, no julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) 4.275, de 2009, o STF reconheceu o direito à alteração de registro civil de travestis e transexuais independentemente de realização de cirurgia (Côrtes, 2019; Supremo Tribunal Federal, 2018). Antes do julgamento dessa ADI em 2018, a concretização do direito à identidade de travestis e de transexuais já vinha sendo realizada por meio da atuação dos tribunais estaduais, instituições judiciais competentes para processar as demandas relacionadas ao direito civil, em específico, as ações de retificação de registro civil. Parte da literatura (Bento, 2008, 2014; Carrara, 2010; Jesus, 2012a) apontava alguns ganhos do movimento de ingresso individual nos tribunais para a retificação do nome e do gênero para além da perspectiva patologizante que cerceava o reconhecimento do direito à identidade.

> São comuns casos de pessoas transexuais que demandam a mudança dos documentos sem a realização das cirurgias e que têm conseguido êxito. Individualmente, várias pessoas já obtiveram conquistas importantes, mas, como a decisão final cabe ao juiz, nada assegura que seu parecer será favorável à pessoa trans (Bento, 2014, p. 178).

Os dois modelos de litigância enunciados acima possuem naturezas distintas: o primeiro relaciona-se à dimensão abstrata da lei, generalizante, junto ao controle de constitucionalidade do STF; já o segundo, a perspectiva das relações privadas, isto é, do caso concreto, a concessão da retificação do registro civil por meio dos tribunais intermediários e locais[6]. A partir desse segundo modelo de litígio, sobressai a importância dos estudos sobre qual foi o papel desses tribunais e a dinâmica de sua atuação nesse cenário de consolidação de direitos e na trajetória de judicialização do direito à identidade.

---

[6] Por cortes intermediárias, entendem-se os Tribunais Regionais Federais e do Trabalho e os Tribunais de Justiça dos Estados (segundo grau de jurisdição), e, por cortes locais, as varas e subseções de primeiro grau.

3.2 Os tribunais podem criar políticas? Atuação das cortes e comportamento judicial

Os tribunais intermediários e as suas instâncias locais são o *locus* do sistema de justiça com o qual a maior parte da população terá contato, onde as "ações jurídicas em cortes baixas ou locais podem ser recurso político para afetar as políticas públicas" (Anleu e Mack, 2007, p. 185). Nessa perspectiva, os tribunais se constituem como arenas de mobilização em que ocorre o processo de mudança incremental das *policies* por meio da atuação judicial nas instâncias iniciais.

Seguindo esse raciocínio, considera-se que os indivíduos que acessam o sistema de justiça levam em consideração fatores de custo-benefício relacionados à utilização do processo judicial como instrumento de mobilização coletiva, seja por meio da atuação de grupos organizados ou individualmente; seja por meio de demandas unas por acesso a direitos civis etc. Assim, o estudo sobre o acesso da população trans ao poder judiciário, por parte desta, deve levar em consideração o contexto social e a dificuldade de ingresso nos tribunais, a exemplo da violência institucional e social[7] perpetrada contra esse grupo na sociedade brasileira, de modo que, às vezes, o próprio sistema de justiça pode ser considerado hostil e inacessível por esses indivíduos.

Ao adotarmos a atuação dos tribunais intermediários como unidade de análise, a tomada de decisão dos magistrados pode ser estudada a partir de duas perspectivas: a primeira, a partir das decisões colegiadas de suas unidades[8]; e a segunda, na abordagem fundada no exame das relações intermembros dos colegiados dos tribunais. Essas duas perspectivas associam-se com o debate da literatura sobre comportamento judicial (*judicial behavior)* (Baum, 2008; Edwards, 2003), que analisa o processo de tomada de decisões judiciais (*judicial decision making*) pelos magistrados.

Os estudos sobre comportamento judicial, associados ao *judicial decision making,* dividem-se em quatro modelos teóricos: (1) os modelos atitudinais e

---

[7] Segundo a ONG europeia *Transgender Europe*, o Brasil lidera o *ranking* mundial de homicídios – noticiados – da população trans com 802 mortes, sendo seguido por México (229) e Colômbia (105). Conferir Transgender Europe (2016).

[8] No caso brasileiro, refere-se, por exemplo, a uma subestrutura dos tribunais composta por um corpo de magistrados reduzido, a qual se denomina como Câmaras, no caso dos Tribunais de Justiça Estaduais, ou como Turmas, no caso dos Tribunais Regionais Federais; e a uma macroestrutura, a totalidade de magistrados que integram os tribunais.

quase-atitudinais (*attitudinal and quasi-attitudinal models*). Nesta construção teórica, os juízes agem como maximizadores de suas preferências e ideologias, sem o cálculo estratégico na tomada de suas decisões; (2) os modelos estratégicos (*strategic models*). Neste modelo, os magistrados são concebidos como agentes de escolha racional, *strategic policy-oriented*, em que o processo de tomada de decisões é coletivo e pouco baseado em ideologias (Baum, 2008; Edwards, 2003); (3) os modelos com componentes jurídicos (*models with a legal componente*). Nesta perspectiva teórica, os juízes atuariam estrategicamente a serviço da lei e aos objetivos das políticas relacionadas à influência das escolas de Direito (processo de ganho de expertise dos magistrados) (Baum, 2008, p. 8-9); e (4) o modelo neo-institucional (*new institucionalism*). Os tribunais são compreendidos como instituições, plano coletivo, em contraste à ideia individualizante dos demais modelos (Edwards, 2003, p. 1662).

Os quatro modelos apresentam a mesma limitação na sua capacidade explicativa relacionada à tomada de decisões: explicar o que motiva e delineia as decisões dos magistrados. Baum (2008) apresenta como alternativa o direcionamento da análise para o exame da relação entre juízes e as suas audiências (*audience*), pessoas com as quais os magistrados se importam (Baum, 2008, p. 21) e que podem afetar o processo de tomada de decisão deles. As audiências podem ser: grupos sociais (valores e crenças dos juízes e atuação destes junto ao tribunal)[9], advogados (reconhecimento e avaliação profissional), ramos do governo (poderes legislativo e executivo, estrutura que influencia a tomada de decisão) e colegiados de magistrados (Baum, 2008).

A tomada de decisão nas cortes superiores e intermediárias (recursais) é um produto de um julgamento coletivo, e o seu resultado é proveniente do consenso de uma maioria (Baum, 2008, p. 53). A atuação do colegiado (*courts colleagues*) constitui-se como uma variável crucial para análise das decisões judiciais, podendo ser considerada um fator de coordenação do *judicial decision making*, com a capacidade de mitigar diferenças geradas por ideologias pessoais e políticas. O colegiado atuaria como um elemento aglutinador de preferências visando à *good policy* (boa decisão), com capacidade de influenciar os magistrados, por meio do compartilhamento de ideias de um processo em grupo (Edwards,

---

[9] Conceber os grupos sociais como *audience* dos magistrados colabora como *output* da mobilização do direito promovida pelos movimentos sociais, a exemplo do recorte deste trabalho, movimento de travestis, mulheres transexuais e homens trans.

2003). Nesse sentido, Edwards (2003) ressalta que o colegiado se expressa pela ideia de diferenças e de diversidade que trabalham de forma conjunta no exercício do direito (Edwards, 2003, p. 1.666), vinculada à noção de *responsiveness* da tomada de decisão em relação às demandas que ingressam no Poder Judiciário e à capacidade e forma com a qual o tribunais reagem.

Essa abordagem teórica utiliza diferentes fontes de pesquisa para mapear o comportamento dos magistrados, quais sejam: o uso de entrevistas, de votos e de opiniões dos magistrados; suas bibliografias; e decisões judiciais. Neste trabalho, serão examinadas as decisões judiciais do TJRS sobre as demandas de retificação do registro civil.

Ao adotarmos as decisões judiciais como fonte de pesquisa, inserimos esta na perspectiva do processo judicial enquanto fonte de poder e de narrativa. (Oliveira e Silva, 2005). Segundo os referidos autores, ao se utilizar este recurso como instrumento de unidade de análise, a pesquisa documental trabalhará "com a interpretação da palavra escrita a fim de discorrer sobre a construção do discurso empreendido por determinados grupos sociais" (Oliveira e Silva, 2005, p. 244). Assim, consideramos que a construção da judicialização, como fenômeno e como categoria naturalizada pelos operadores do direito[10], perpassa um processo de tradução das demandas de grupos sociais para a linguagem do campo do direito, isto é, o discurso formal dos processos (vocabulário próprio das leis e normativas, como, por exemplo, Código Civil e do Processo Civil) e a narrativa construída no decorrer da atuação dos atores judiciais, a exemplo dos magistrados no julgamento de ações judiciais (Oliveira e Silva, 2005).

4 Metodologia: análise exploratória e mineração de textos

Os estudos sobre tribunais intermediários esbarram em muitos empecilhos quanto à coleta das decisões e à dimensionalização do número de processos correspondentes a cada tribunal, fato que não se repete em relação às pesquisas sobre cortes superiores, como o Supremo Tribunal Federal e o Superior Tribunal de Justiça, que já possuem algumas bases de dados disponíveis de forma consolidada[11]. Diante desse cenário, nesta pesquisa, utilizamos a consulta de jurispru-

---

[10] Como operadores do direito, entende-se os atores institucionais legitimados dentro da arena judicial: magistrados, promotores de justiça, defensores públicos e advogados.

[11] A exemplo destas bases de dados, cita-se os relatórios "Justiça em Números" do Conselho Nacional de Justiça (CNJ) e os relatórios de pesquisa "Supremo em Números" da Fundação

dência como forma de mapeamento do universo de decisões do TJRS, replicando a técnica adotada em outros estudos (Madeira e Geliski, 2017, 2019)[12].

No portal de jurisprudência do tribunal gaúcho[13], pesquisaram-se os seguintes termos nas ementas e no inteiro teor das decisões: transexual, transexuais, travesti, travestis, transgênero, transgêneros, transexualismo, transexualidade, travestilidade, travestismo e identidade de gênero. O universo total de processos levantado junto ao TJRS, no período de 2002 a 2016, foi de 94 (noventa e quatro) decisões, sendo 73 (setenta e três) apelações cíveis, 5 (cinco) embargos de declaração e 12 (doze) agravos (agravo, agravo de instrumento e regimental). Desse universo de decisões, analisaram-se apenas os recursos de apelação cível, em virtude da natureza procedimental do próprio recurso.

Para a análise exploratória dos litígios de retificação de registro civil no Rio Grande do Sul, adotamos as técnicas de estatística descritiva para examinar o perfil do litígio e dos atores envolvidos na demanda judicial, aliada com o emprego de análise de dicionário a partir da mineração de texto das decisões. Dessa maneira, primeiramente utilizaram-se as ferramentas de estatística descritiva para retratar a frequência e as características dos processos judiciais (data da decisão, órgão julgador, partes, procuradores); e a qualitativa, com o uso da técnica de análise de dicionário do software *Word Stat* (Provalis Research, 2010) para exame do conteúdo das decisões.

A implementação dessa metodologia levou em consideração que o processo judicial que é objeto deste estudo, retificação do registro civil, é de jurisdição voluntária, isto é, a demanda judicial é unipolar, tendo apenas o indivíduo que demanda a retificação dos seus documentos como autor, inexistindo a figura de um réu processual. Todavia, o Ministério Público integra o processo na condição de fiscal, órgão que deve ser ouvido para que se proceda à retificação dos documentos, conforme disposição da Lei de Registros Públicos (Lei n.º 6.015, de 31 de dezembro de 1973).

A base normativa utilizada para tais processos se consubstancia na Lei de Registros Públicos, assentada nos princípios constitucionais da não discriminação. A seleção do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul se dá por conven-

Getúlio Vargas (FGV).

12 Neste tipo de dado, ressalta-se que os processos mapeados podem não corresponder ao universo de decisões sobre a matéria, mas aos dados disponíveis do portal de consulta por jurisprudência.

13 Portal de pesquisa do TJRS (s/d).

cionalidade, sendo este um dos cinco tribunais de grande porte da justiça estadual (CNJ, 2016), bem como é o estado em que ocorreram mutirões de judicialização de ações de retificação de registro civil, neste caso, atuação do projeto "Direito à Identidade: viva o seu nome".

Por meio da análise de dicionário buscou-se mapear o debate sobre a identidade de gênero, identificando como os julgadores reconhecem o direito à retificação de documentos, seja a partir de argumentos relacionados ao gênero, seja enquanto categoria biológica ou social. Para empregarmos essa técnica, relacionamos diferentes conjuntos de palavras a duas categorias, social e biológico, com base nas quais buscamos examinar os termos utilizados pelos julgadores nas decisões ao concederem ou negarem os pedidos de retificação. Abaixo apresentamos a matriz de termos utilizados para análise de dicionário (quadro 1) dos recursos de apelação do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul.

Quadro 1 – Termos da análise de dicionário

Categorias-chave	Rol de palavras/termos
Gênero	Gênero, construção, biológico, social, masculino, feminino, homem, mulher;
Trans	Transexual, transexualidade, trans, transexualismo, travesti, travestilidade, homem trans, mulher transexual;
Direito	Direito, identidade, identidade de gênero, reconhecimento, retificação;
Saúde	Cirurgia, intervenção, procedimento, redesignação, intervenção, procedimento, patologia;

Fonte: elaborado pelo autor.

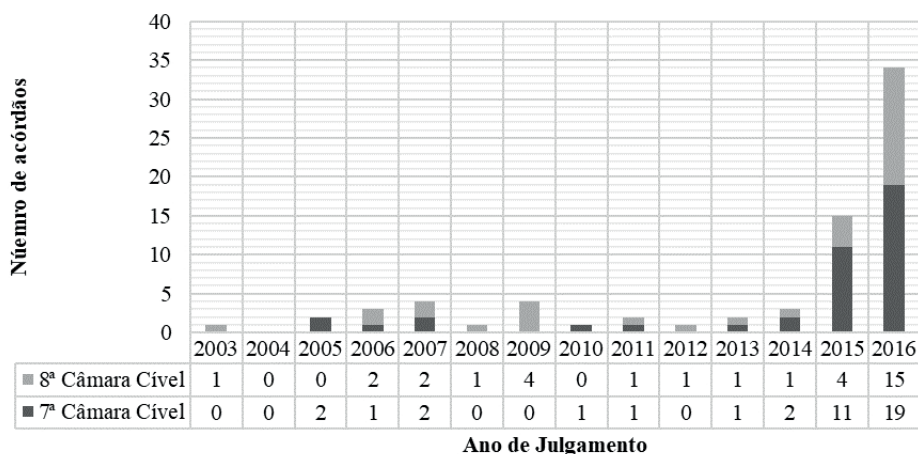
O *Wordstat* trabalha com uma escala de 0 a 1 para relacionar as palavras, indicando a probabilidade de elas aparecerem juntas nos parágrafos ou segmentos de texto. Já a técnica de estatística descritiva foi empregada com o uso do software *SPSS*, com a estruturação dos dados em tabelas, a fim de descrever o comportamento judicial, as demandas das câmaras, os representantes legais e o perfil das demandas[14].

[14] Ver apêndice.

5 Os processos de retificação de registro civil de transexuais e travestis no Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul

O exame do universo de decisões recursais sobre as demandas de direito à identidade de travestis e transexuais do TJRS, ou perante qualquer outro tribunal, analisa os atores que perderam em um julgamento nas instâncias iniciais e/ou não concordam com os efeitos produzidos pelas decisões das cortes intermediárias, (Shapiro, 1980). De modo que se pressupõe que, pela via recursal, há a adoção de um modelo do exercício do papel de correção de injustiças geradas no primeiro grau e de correção de erros e de desigualdades (Shapiro, 1980).

Gráfico 1 – Universo de decisões por ano

	2003	2004	2005	2006	2007	2008	2009	2010	2011	2012	2013	2014	2015	2016
8ª Câmara Cível	1	0	0	2	2	1	4	0	1	1	1	1	4	15
7ª Câmara Cível	0	0	2	1	2	0	0	1	1	0	1	2	11	19

Fonte: elaborado pelo autor.

A maior parte das decisões sobre retificação de registro civil do TJRS concentra-se nos anos de 2015 e 2016, que corresponde, respectivamente, a 15 e 34 dos recursos julgados sobre esse tema do total dos 73 casos mapeados. Quanto à distribuição dentro da estrutura de julgamento do tribunal, a sétima câmara cível representa 54,8% da jurisprudência sobre retificação cível, enquanto a oitava, 45,2%. Já em relação às comarcas de origem dos recursos, a maioria das decisões é proveniente de Porto Alegre, com 51 processos (69,9%), seguidas de Guaíba com 4, Caxias do Sul com 3, Canoas com 2 e as demais comarcas com apenas um caso em cada (ver tabela 1).

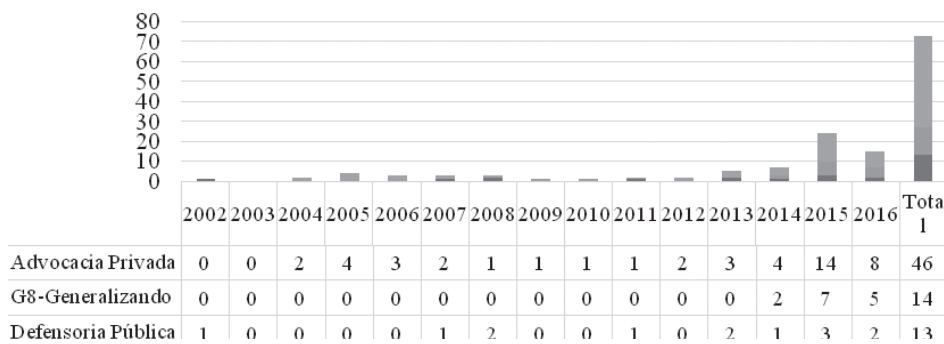
Tabela 1 – Comarca de origem por decisões

Comarca de Origem	Número de Processos
Porto Alegre	51
Guaíba	4
Caxias do Sul	3
Canoas	2
Alvorada	1
Antônio Prado	1
Bento Gonçalves	1
Camaquã	1
Carlos Barbosa	1
Casca	1
Guaporé	1
Lajeado	1
Panambi	1
São Leopoldo	1
Sapiranga	1
Taquari	1
Veranópolis	1
Total	73

Fonte: elaborado pelo autor.

Relacionado ao acesso ao tribunal e aos atores dos processos, sobressaem-se dois tipos de atores: os procuradores dos assistidos e o Ministério Público. O acesso é o primeiro elemento de configuração do processo de judicialização, de modo que impõe a compreensão de quem pode acessar o serviço e arcar com os custos de demandar judicialmente pelo reconhecimento de sua identidade, seja por meio do serviço de assessoria do Estado, representado pela Defensoria Pública, dos serviços de assessoria jurídica gratuita prestados por universidades e movimentos sociais ou pela concessão do benefício da Assistência Jurídica Gratuita (AJG) nos casos de hipossuficiência dos autores das ações, mesmo se sob assistência da advocacia privada. No universo de decisões, identificaram-se três grandes atores responsáveis pela atuação junto ao TJRS: a Defensoria Pública; o grupo G8-Generalizando e atores da advocacia privada.

Gráfico 2 – Procuradores dos litigantes do 2.º Grau por ano de ingresso da ação no 1º Grau15

	2002	2003	2004	2005	2006	2007	2008	2009	2010	2011	2012	2013	2014	2015	2016	Total
Advocacia Privada	0	0	2	4	3	2	1	1	1	1	2	3	4	14	8	46
G8-Generalizando	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	2	7	5	14
Defensoria Pública	1	0	0	0	0	1	2	0	0	1	0	2	1	3	2	13

Fonte: elaborado pelo autor.

Ao mapear a origem dos processos do TJRS, data de ingresso das ações no primeiro grau de jurisdição, identificou-se a atuação da advocacia privada, com 46 casos de 2004 a 2016, o grupo G8-Generalizando, com 14 casos (2014 a 2016), e a Defensoria Pública, com 13 casos (2002 a 2016). Sob o aspecto da gratuidade dos procedimentos judiciais, os processos relacionados à retificação de registro civil utilizam majoritariamente o benefício da AJG (74% dos casos).

A maioria dos autores da ação são pessoas que buscam a retificação dos documentos para que seja reconhecida a sua identidade de gênero feminina, tais como mulheres transexuais e travestis (90,42% dos casos), e 9,58% objetivam o reconhecimento de sua identidade masculina. Essa proporção não significa que talvez haja uma maior demanda de mulheres transexuais e travestis, mas que, sob a perspectiva *bottom-up* (Shapiro, 1980), os dados indicam que os pedidos de retificação do nome e a alteração do sexo de masculino para feminino nos documentos, provavelmente, estejam mais propensos à revisão judicial.

A maioria dos recursos de apelação foi interposta pelo Ministério Público Estadual, em alguns casos, contra as decisões que concederam a retificação do gênero nos documentos em prol das identidades femininas, sob o argumento de que há a necessidade de realização da cirurgia para a alteração do registro civil, salvo nos casos das identidades masculinas, nos quais os procedimentos cirúrgicos que compõem o processo de readequação ao fenótipo masculino são

[15] O levantamento dos procuradores dos apelantes foi realizado a partir dos advogados relacionados na página do processo, bem como no conteúdo dos acórdãos.

considerados como procedimentos de caráter experimental[16]. Desse modo, o MP não exigia a realização do procedimento para tais situações, em virtude da natureza técnica da intervenção médica, perpetuando a ideia de genital enquanto condicionante do reconhecimento da identidade, restringindo o gênero como uma categoria biológica.

Tabela 2 – Partes que interpuseram recurso de apelação e comarca de origem dos processos (2003 a 2016)

Parte Apelante	Comarca de Origem é Porto Alegre		Total	Total %
	Não	Sim		
Ministério Público	11	29	40	54,8%
Pessoa - identidade de gênero feminina	10	16	26	35,6%
Pessoa - identidade de gênero masculina	1	6	7	9,6%
Total	22	51	73	100%

Fonte: elaborado pelo autor.

Se, no primeiro grau de jurisdição, o Ministério Público (tabela 2) tem adotado, em alguns casos, o posicionamento de condicionamento da retificação de gênero à realização de procedimentos cirúrgicos, o mesmo não se repete em sede recursal, quando o MP adotou um padrão diferente de atuação (ver tabela 3). Na maioria das decisões, o órgão ministerial no segundo grau posicionou-se pelo desprovimento das apelações promovidas pelo próprio MP (67,56% dos casos), destacando a não necessidade de intervenções cirúrgicas, assim, entendendo que a sua imposição se constitui como uma violência do estado contra o indivíduo.

[16] Disposição da Portaria n.º 2.803, de 19 de novembro de 2013, consultar Ministério da Saúde (s/d).

Tabela 3 - Posicionamento do Ministério Público de 2.º Grau quanto ao recurso (apelante e provimento do apelo)

Parte Apelante	Posicionamento do Ministério Público de 2.º Grau			Total
	Provimento do Apelo	Desprovimento do Apelo	Provimento Parcial do Apelo	
Ministério Público	11	25	1	37
Pessoa - identidade de gênero feminina	17	8	0	25
Pessoa - identidade de gênero masculina	5	2	0	7
Total	33	35	1	69

Fonte: elaborado pelo autor.

O movimento de divergência entre os atores de diferentes níveis da mesma instituição demonstra um desalinhamento da atuação. Diferentemente do posicionamento contrário à retificação de gênero, a atuação do órgão na instância superior se alinhava, à época, com as posições do Conselho Nacional do Ministério Público, que já tinha se posicionado pela concessão do direito à retificação do gênero sem as amarras de procedimentos cirúrgicos.[17] Posto o perfil dos litigantes dessas demandas, passa-se para o exame das discussões sobre o reconhecimento das identidades de gênero constantes nos acórdãos.

5.1 Debates sobre uma política judiciária do direito ao nome: como os desembargadores julgam?

O cenário constituído pelos recursos de apelação é o da contestação da retificação do gênero (perspectiva do Ministério Público) ou da negação da sua concessão (negação da retificação no primeiro grau), de modo que as decisões recursais versam sobre os seguintes pedidos: 69,9% relacionada à retificação do gênero; 13,7% à retificação do nome; 9,6% à retificação de ambos; 4,1% à averbação da retificação da “condição de transexual” no cartório de registros de

[17] Conferir a Nota Técnica n.º 8, de 15 de março de 2016, emitida pelo Conselho Nacional do Ministério Público (CNMP, 2016).

pessoas naturais; e 2,7% referente a outras matérias de ordem procedimental (competência, custas etc).

A partir da análise de dicionário, o conteúdo das decisões (i.e., fundamentos, temática etc.) foi ordenado com base na dispersão e na proximidade dos termos-chave de análise (assuntos), de modo que se identificaram seis grupos (ver figura 1): (1) mobiliza termos associados à dignidade da pessoa humana, à identidade e ao reconhecimento, além de trazer questões relacionadas ao reconhecimento social e psicossocial; (2) relaciona as palavras próximas ao termo gênero com cirúrgico, mutilação e parcial; (3) palavras que aparecem próximas são "genitália", "transexuais", "intersexuais", "órgão", "pênis", "cirurgias; (4) os termos relacionados são "bioética", "declaração", "operado", "redesignado", "reconhecimento" e "reconhecer"; quarto com "cirúrgico", "mutilação" e "pericial"; (5) as palavras relacionadas entre si são "cirúrgica", "intervenção" e "desnecessidade"; e (6) os termos são "gêneros", "mulheres", "psicossexualidade" e "órgão sexual".

Figura 1 – *Cluster* dos termos utilizados nas decisões judiciais[18]

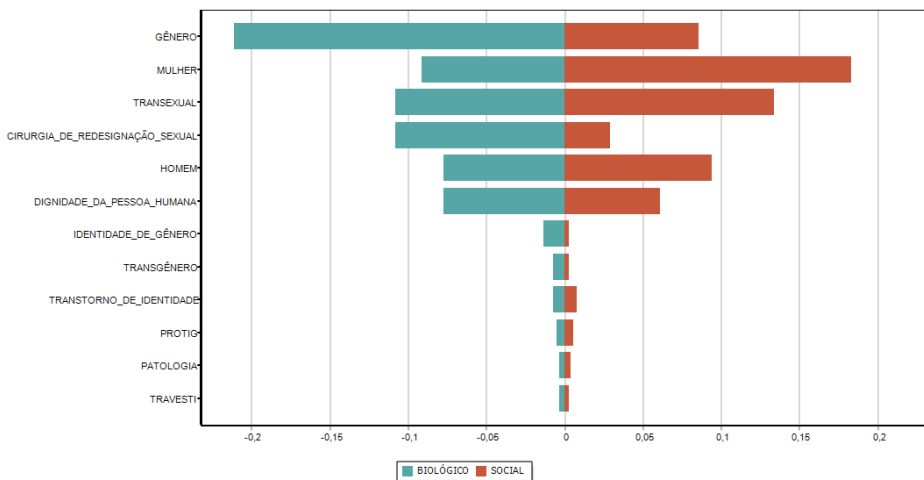
Fonte: elaborado pelo autor com o software WordStat (Provalis Research, 2010).

A distribuição dos termos expressa nos seis grupos acima apresenta um cenário em que o debate sobre o reconhecimento das identidades de gênero circunda as discussões sobre gênero enquanto categoria social ou biológica e

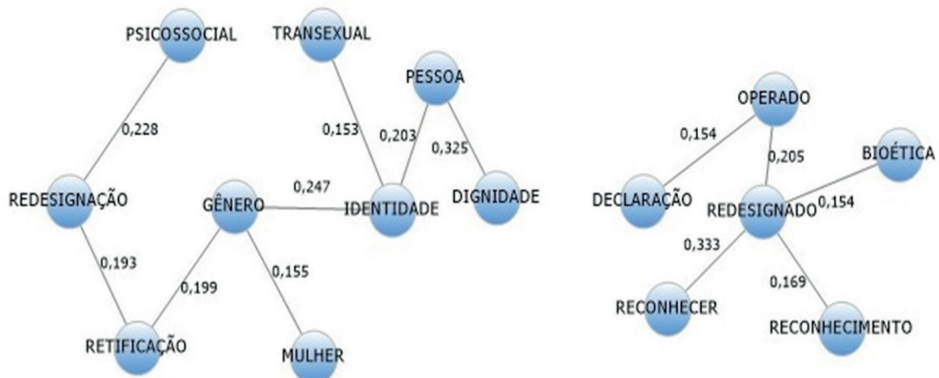
[18] O tamanho da representação gráfica das esferas representa o número da frequência da ocorrência dos termos nos segmentos de textos das decisões, e a coloração refere-se à proximidade da utilização conjunta dos termos de mesma cor nos textos.

sobre a necessidade ou não de intervenções cirúrgicas enquanto condicionantes da retificação do registro civil. Destaca-se, ainda, que a palavra "mulher" aparece entre dois grupos, ambos apresentando a identidade feminina nos segmentos de texto que utilizam expressões relacionadas à intervenção cirúrgica ou ao "órgão sexual" (grupo 1 – termo "redesignação"; e grupo 6 – termo "órgão sexual").

Nas decisões da sétima e da oitava câmaras cíveis do tribunal, a tensão entre posições divergentes intermembros se polariza no tema relacionado à retificação de gênero, ou seja, contraposições entre a perspectiva biologizante e de construção social de gênero. A argumentação presente dentro das decisões não aborda a transexualidade sob uma perspectiva teórica, ao invés disso, centram o debate em argumentos sobre a exigência ou não de cirurgia por parte do Estado. Nos julgados, destaca-se que tal imposição se configura como uma violação da privacidade do indivíduo, contrapondo posicionamentos de que destacavam a limitação do direito a regular tal situação e resguardando o debate sobre as identidades e a regência das ciências da saúde.

Figura 2 – Ocorrência de termos relacionados com os termos "biológico" e "social"19

Fonte: elaborado pelo autor com o software *WordStat* (Provalis Research, 2010).

19 Debate entre perspectiva biologizante e de construção social.

Figura 3 – Redes de palavras de coocorrência de termos utilizados nas decisões judiciais[20]

Fonte: elaborado pelo autor com o software WordStat (Provalis Research, 2010).

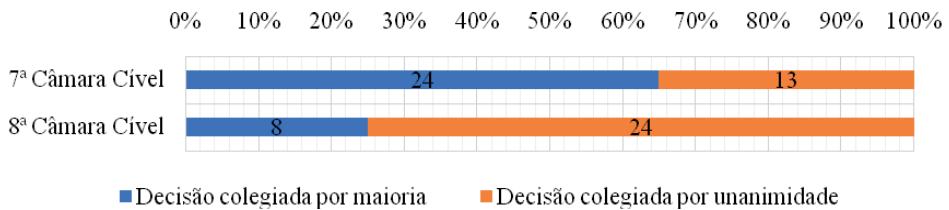
As figuras 2 e 3 apresentam os resultados da análise de dicionário e de coocorrência de palavras realizada no software *Wordstat* a partir da divisão dos vocábulos pesquisados nas categorias: argumento social e argumento biologizante. No gráfico de termos da figura 2, percebe-se a prevalência da relação entre definição de gênero enquanto categoria biológica, associado em grande parte à "cirurgia de readequação sexual", termo utilizado pelos desembargadores nos seus votos. Ao examinarmos de forma mais detalha a relação de palavras utilizadas pelos julgadores (figura 3), constatamos que a palavra gênero ocorre em três arranjos: um relacionado à identidade e à dignidade da pessoa humana (termos – identidade, transexual; identidade, pessoa e dignidade); um segundo, relacionado à identidade feminina (termo – gênero), o que se deve também ao fato de que a maioria dos recursos versa sobre os pedidos de retificação de documentos para o gênero feminino; e um terceiro, que se refere aos pedidos de retificação (termos – retificação, redesignação e psicossocial).

Já outro grupo de palavras associadas entre si mobiliza termos relacionados à bioética e ao reconhecimento das identidades de gênero, tendo como termo central a palavra "redesignado", que, por sua vez, refere-se à cirurgia de redesignação e às palavras "reconhecer", "reconhecimento", "bioética", "operado"

[20] Os valores dos laços entre os termos (nós) medem a probabilidade com que um termo aparece junto a outro em um mesmo segmento texto (i.e., parágrafo).

e "declaração". As relações entre os diferentes termos utilizados pelos julgados mapeados apontam que, naquele período, o debate central que era enfrentado pelos desembargadores sobre a concessão da retificação dos documentos para as pessoas transexuais era se havia ou não a necessidade da realização de procedimentos cirúrgicos.

A forma como as ações de direito à identidade, retificação do nome e do gênero no registro civil são julgadas no tribunal diverge entre as câmaras do TJRS, sétima e oitava câmara cível. Na sétima câmara cível, a maioria das decisões é tomada por uma maioria (24 casos), enquanto, na oitava câmara, a maioria das decisões é por unanimidade (gráfico 3).

Gráfico 3 - Decisões colegiadas versando sobre pedidos relacionados ao nome[21]

Fonte: elaborado pelo autor.

No exame das demandas de retificação de gênero a partir do perfil das partes, no âmbito das câmaras, a sétima aparece com maior índice de restrição à concessão desses pedidos, o que se expressa no fato de que a maioria das decisões foram concedidas por decisão colegiada da maioria. Apesar dessa divergência entre a forma de tomada de decisão colegiada, em ambos os órgãos julgadores, os pedidos dos indivíduos têm sido providos (tabela 4).

[21] As decisões monocráticas para 8.ª 1 decisão monocrática (identidade masculina) versando sobre outra matéria procedimental.

Tabela 4 – Julgamentos classificados por órgão julgador, apelante e resultado do julgamento dos acórdãos[22]

Órgão Julgador			Apelo Recursal			Total
			Negam Provimento	Parcialmente provido	Provido	
7.ª Câmara Cível	Parte Apelante	Ministério Público	13	1	6	20
		Pessoa – identidade de gênero feminina	5	1	8	14
		Pessoa – identidade de gênero masculina	1	0	2	3
	Total		19	2	16	37
8.ª Câmara Cível	Parte Apelante	Ministério Público	18	0	0	18
		Pessoa – identidade de gênero feminina	0	1	10	11
		Pessoa – identidade de gênero masculina	0	1	2	3
	Total		18	2	12	32
Total	Parte Apelante	Ministério Público	31	1	6	38
		Pessoa – identidade de gênero feminina	5	2	18	25
		Pessoa – identidade de gênero masculina	1	1	4	6
	Total		37	4	28	69

Fonte: elaborado pelo autor.

Em relação aos julgamentos dos recursos interpostos pelo Ministério Público, a oitava câmara negou provimento para todos os recursos (tabela 6), enquanto a sétima se mostrou mais permeável aos pleitos do MP (tabela 5), provendo o apelo recursal em menos da metade dos casos (5 de 14). O processamento dos recursos do MP (maioria não proveram o pedido) alinha-se com os interpostos pelas pessoas que pleiteiam o reconhecimento de sua identidade de gênero (maioria dos pedidos providos).

[22] Na tabela, agruparam-se os acórdãos julgados pela 7.ª Câmara Cível e pela 8.ª Câmara Cível do TJRS relacionados à retificação de gênero e a demandas conjuntas (nome e gênero).

Tabela 5 – Decisões colegiadas da 7.ª Câmara Cível do TJRS por provimento, apelante e demanda[23]

Decisão Colegiada	Apelante	Demanda	Mr	U	Total
Negam Provimento	MP	Retificação de Gênero	11	2	13
	Fem	Retificação de Gênero	3	1	4
		Retificação de Nome e de Gênero		1	1
	Masc	Retificação de Gênero		1	1
Parcialmente Provido	MP	Retificação de Gênero		1	1
	Fem	Retificação de Nome e de Gênero	1		1
Provido	MP	Averbação da situação anterior à retificação dos documentos		1	1
		Retificação de Gênero	1	4	5
	Fem	Retificação de Gênero	6	1	7
		Retificação de Nome		1	1
	Masc	Retificação de Gênero	1		1
		Retificação de Nome	1		1
Total Geral			24	13	37

Legenda: Mr – Decisão por Maioria; U – Decisão por Unanimidade; MP – Ministério Público; Fem – Pessoa Física – identidade de gênero feminina; Masc – Pessoa Física – identidade de gênero masculina.
Fonte: elaborado pelo autor.

Tabela 6 – Decisões colegiadas da 8.ª Câmara Cível do TJRS por provimento, apelante e demanda[24]

Decisão Colegiada	Apelante	**Demanda**	**Mr**	**U**	**Total**
Negam Provimento	MP	Averbação da situação anterior à retificação dos documentos		1	1
		Retificação de Gênero	3	10	13
		Retificação de Nome		2	2
		Retificação de Nome e de Gênero		2	2

[23] Neste caso, as decisões – colegiadas – catalogadas foram 37 acórdãos da 7.ª Câmara Cível do TJRS, excluindo-se 3 (três) de decisão monocrática.

[24] Neste caso, as decisões – colegiadas – catalogadas foram 32 acórdãos da 8.ª Câmara Cível do TJRS, excluindo-se 1 (um) de decisão monocrática.

Parcialmente Provido	Fem	Retificação de Nome e de Gênero		1	1
	Masc	Averbação da situação anterior à retificação dos documentos	1		1
Provido	Fem	Retificação de Gênero	1	2	3
		Retificação de Nome	2	4	6
		Retificação de Nome e de Gênero		1	1
	Masc	Retificação de Gênero	1	1	2
Total Geral			**8**	**24**	**32**

Legenda: Mr – Decisão por Maioria; U – Decisão por Unanimidade; MP – Ministério Público; Fem – Pessoa Física – identidade de gênero feminina; Masc – Pessoa Física – identidade de gênero masculina.
Fonte: elaborado pelo autor.

Essa conjuntura aponta que, no período de 2003 a 2016, a política de reconhecimento da identidade de gênero construída a partir das decisões judiciais do TJRS garantiram o direito à retificação dos documentos, apesar dos diferentes padrões de comportamento judicial dos colegiados da sétima e da oitava câmara do tribunal. Outra característica identificada na análise é a que debate sobre o direito à retificação de documentos centrado na mobilização de termos, em sua maioria, relacionados às noções do campo da saúde (i.e., cirurgia, bioética etc.).

Quanto às dinâmicas dos atores envolvidos no litígio, a tramitação dos processos era, em sua maioria, via concessão do benefício da assistência judiciária gratuita, tendo como representantes o serviço gratuito universitário ou a própria Defensoria Pública. Já relacionado ao perfil dos recorrentes (apelantes) nos processos, as mulheres transexuais e travestis aparecem, na maioria dos casos, no polo recorrente das demandas judiciais, de maneira que, na época, o acesso à via recursal era necessário para assegurar o reconhecimento de suas identidades perante o Poder Judiciário.

6 Considerações Finais

O estudo das cortes intermediárias, tais como o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, permitiu conhecer a demanda promovida pelos indivíduos nos casos concretos de retificação do registro civil no período de 2003 a 2016, anterior a ADI 4.274/2009, que reconheceu, em 2018, o direito de alteração do registro civil. Nesse sentido, o Judiciário aparece, nessa época, como uma arena

de acesso a direitos ante a inércia do Poder Legislativo federal em disciplinar a demanda do movimento de travestis e transexuais pelo direito à identidade.

A análise dos recursos do TJRS demonstrou que a maior parte dos julgados versava sobre o reconhecimento da identidade de gênero feminina, indicando, provavelmente, que as mulheres transexuais e as travestis tiveram mais dificuldades para a concessão da retificação de seus documentos pelo Poder Judiciário do que nos casos de homens transexuais no período examinado. Esse fato sugere duas hipóteses que devem ser testadas em estudos futuros sobre a trajetória da judicialização do direito à identidade anterior ao marco da ADI 4.274/2009, de 2018: as demandas de retificação pelo reconhecimento da identidade masculina eram mais aceitas pelos membros do Poder Judiciário, ao ponto de não serem questionadas em via recursal; ou que numericamente o número de demandas de primeiro grau é substancialmente maior nos casos de mulheres transexuais.

Em um desenho atido às demandas recursais, os principais atores de representação dessa população junto ao TJRS são escritórios de advocacia privada, seguidos pelo grupo G8-Generalizando da UFRGS e pela Defensoria Pública do Rio Grande do Sul. Já, quanto à fundamentação utilizada pelo tribunal, os termos mobilizados nos julgamentos alinhavam o reconhecimento do direito à identidade ao campo da saúde, associando-o a um diagnóstico em que um laudo/parecer da área da saúde como elemento de legitimação da demanda da retificação corroborava a ideia de patologia como forma de acesso vigente nas políticas de saúde. Nas decisões, a concessão da retificação do registro civil era concedida sem a necessidade de intervenção cirúrgica, apesar do debate sob a perspectiva da saúde.

Em relação ao comportamento judicial, percebeu-se que as duas câmaras do TJRS que são competentes para julgar as ações de retificação de registro civil (sétima e oitava) apresentam comportamentos diferentes em relação às decisões emitidas pelo colegiado de magistrados. Na sétima câmara, a concessão da retificação dissociada da cirurgia aparece com maior resistência do que na oitava, ou seja, a maior parte das decisões emitidas por esse colegiado se dá por maioria, enquanto na oitava, por unanimidade.

Em ambas, o argumento central utilizado para debater o reconhecimento da identidade é o bioético, isto é, os julgadores não discutem se a transexualidade é ou não patologia; eles se atêm ao questionamento se o Estado pode ou não exigir/impor a realização de procedimentos de adequação do corpo biológico à identidade de gênero como condicionante para o seu reconhecimento.

Ainda sob essa perspectiva, o Ministério Público apresentou diferentes posicionamentos entre a atuação do órgão no primeiro grau e no segundo grau de jurisdição. Em que pese o MP seja o principal promotor dos recursos de apelação, em segundo grau, na maioria das vezes, ele pugna pelo desprovimento do apelo da própria instituição. Em síntese, a atuação em primeiro grau ponderou, em alguns casos, pela necessidade de cirurgia para a retificação, enquanto a do segundo não o fez.

Algumas limitações da capacidade explicativa deste trabalho residem no fato de que as fontes de dados existentes para pesquisa junto às cortes intermediárias e baixas (primeiro e segundo graus) são decisões recursais. Isto é, ao passo que se conhece o que vem sendo debatido e delineado pelo tribunal intermediário em determinada matéria, como o cenário das demandas de retificação de registro civil, não se conhece o que não chega às vias recursais, de modo que não se sabe a real dimensão do cenário de judicialização no período estudado.

Dessa maneira, caso atores, como magistrados, membros do MP e representantes das partes (advogados, defensores, serviços de assistência judiciária gratuita) possuam uma linha argumentativa similar, a determinação dos casos se dará em primeiro grau, não chegando à via recursal (tribunal intermediário). Nesse contexto, a dificuldade de estudar as *lower courts* está em mapear o cenário do *puzzle* da judicialização, no qual as comarcas de primeiro grau representam um nível e o tribunal outro. Em síntese, é necessário estudar o que não chega às vias recursais para compreendermos amplamente a trajetória da mobilização legal e da judicialização da luta pelo direito à identidade de transexuais e travestis no contexto do Poder Judiciário brasileiro.

Referências

Anleu, Sharyn Roach e Mack, Kathy. "Magistrates, Magistrates Courts, and Social Change". *Law & Policy*, v. 29, n. 2, p. 183-209, apr. 2007.

Backes, Ana Luiza e Azevedo, Débora Bithiah de. "VII.c – Subcomissão dos Negros, Populações Indígenas, Pessoas Deficientes e Minorias". In Backes, Ana Luiza et al. *Audiências públicas na Assembleia Nacional Constituinte: a sociedade na tribuna*. Brasília: Câmara dos Deputados, Edições Câmara, 2009. p. 41-58.

Baum, Lawrence. *Judges and Their Audiences: a perspective on judicial behavior*. 3. ed. United States: Princeton University Press, 2008.

Bento, Berenice. *O que é transexualidade?* São Paulo: Brasiliense, 2008.

______. “Nome social para pessoas trans: cidadania precária e gambiarra legal”. *Contemporânea*, v. 4, n. 1, p. 165-182, 2014.

______ e Pelúcio, Larissa. “Despatologização do gênero: a política das identidades abjetas”. *Estudos Feministas*, Florianópolis, v. 20, n. 2, p. 256, maio- ago. 2012, p.569-581.

Carrara, Sérgio. “Políticas e direitos sexuais no Brasil contemporâneo”. *Bagoas*, n. 5, p. 131-147, 2010.

Carvalho, Mario. “‘Travesti’, ‘mulher transexual’, ‘homem trans’ e ‘não binário’: interseccionalidades de classe e geração na produção de identidades políticas”. In 40º ENCONTRO ANUAL DA ANPOCS. Trabalho apresentado no Simpósio Temático 30: Sexualidade e gênero: política, direitos e sujeitos, *Anais [...]*, 2016, p. 23.

______ e Carrara, Sérgio. “Em direito a um futuro trans? Contribuição para a história do movimento de travestis e transexuais no Brasil”. *Sex., Salud Soc*., Rio de Janeiro, n. 14, p. 319-351, 2013.

CNJ. “Justiça em números 2016: ano-base 2015/Conselho Nacional de Justiça”. Brasília: CNJ, 2016.

CNMP. “Nota técnica n.º 8, de 15 de março de 2016”. Disponível em: http://www.cnmp.mp.br/portal_2015/images/Normas/Notas_Tecnicas/NotaTcnica8.pdf. Acesso em: 03 nov. 2016.

Cortes, Ana de Mello. “Discriminação judicial por identidade de gênero: um diagnóstico”. *Rev. Direito Práx*., v. 10, n. 1, p. 101-128, 2019.

Couto, Cláudio Gonçalves. “Constituição, competição e políticas públicas”. *Lua Nova*, São Paulo, n. 65, p. 95-135, ago. 2005.

Edwards, Harry T. “The effects of Collegiality on Judicial Decision Making”. *University of Pennsylvania Law Review*, v. 51, n. 5, p. 1.639-1.690, maio 2003.

EPP, Charles R. *The Rights Revolution: lawyers, activists and supreme courts in comparative perspective*. London: The University of Chicago Press, 1998.

G8-Generalizando. “Ato em Porto Alegre marcará o Dia Nacional da Visibilidade Trans”. Publicado em 27 jan. 2016. Disponível em: http://g8generalizando.blogspot.com.br/2016_01_01_archive.html. Acesso em: 03 nov. 2016.

Jesus, Jaqueline Gomes de. “Identidade de gênero e políticas de afirmação identitária”. In Congresso Internacional de Estudos sobre a Diversidade Sexual e de Gênero. *Anais [...]*. Salvador: ABEH, 2012a.

______. “Orientações sobre a população transgênero: conceitos e termos”. Brasília: Autor, 2012b. Disponível em: https://www.sertao.ufg.br/up/16/ o/ORIENTA%C3%87%C3%95ES_POPULA%C3 %87% C3 %83O_ TRANS. pdf?1334065989. Acesso em: 03 nov. 2016.

Lentz, Luiza Helena Stern. “Direito à identidade: viva seu nome. A retificação do registro civil com meio de conquista da cidadania para travestis e transexuais”. *Fazendo Gênero 10: desafios atuais dos feminismos*, p. 7, 2013. Disponível em: http://www.fg2013.wwc2017.eventos.dype.com.br/resources/anais/20/1373341737_ARQUIVO_FazendoGenero2013TrabalhoCompleto-Final.doc.

Maciel, Débora Alves. “Ação Coletiva, Mobilização do Direito e Instituições Políticas”. *Revista Brasileira de Ciências Sociais*, v. 26, n. 77, p. 97-245, 2011.

Madeira, Lígia Mori e Leonardo Geliski. "O combate a crimes de corrupção pela Justiça Federal da Região Sul do Brasil". *Revista de Administração Pública*, v. 53, n. 6, p. 987-1.010, 2019.

______ e ______. "Políticas sociais nos tribunais intermediários: tribunais regionais federais em evidência". *Anuario de derecho constitucional latinoamericano*, v. 23, Bogotá, Colômbia, p. [305]-326, 2017.

Ministério da Saúde. LGBT – Ministério da Saúde. Página oficial do Ministério da Saúde. Disponível em: http://portalsaude.saude.gov.br/index.php/o-ministerio/principal/secretarias/sgep/lgbt.

OAB/RS. "Comissão da Diversidade Sexual da OAB/RS participa do projeto 'Direito à Identidade: viva o seu nome!'". Publicado em 29 de janeiro de 2016. Disponível em: http://www.oabrs.org.br/noticias/comissao-diversidade-sexual-oabrs-participa-projeto-ldquodireito--identidade-viva-seu-nomerdquo/20355. Acesso em: 03 nov. 2016.

Oliveira, Fabiana Luci de e Silva, Virgínia Ferreira da. "Processos Judiciais como fonte de dados: poder e interpretação". *Sociologias*, n. 13, Porto Alegre, p. 244-259, jan.-jun. 2005.

Provalis Research. WordStat 6: content analysis module for QDA Miner & SimStat. User's guide. Montreal, Canada: Author, 2010.

Rosenberg, Gerald N. *The hollow hope: can courts bring about social change?* 2. ed. Chicago: The University of Chicago Press, 2008.

Shapiro, Martin. "Appeal". *Law & Society Review*, v. 14, n. 3, p. 629-661, spring 1980.

Sousa, Tuanny Soeiro. "Retificando o gênero ou ratificando a norma?". *Revista Direito GV*, v. 15, n. 2, 2019.

Supremo Tribunal Federal. "ADI/4275 – Ação Direta de Inconstitucionalidade, relatoria Ministro Marco Aurélio", sem data (s/d). Disponível em: http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=2691371. Acesso em: 01 dez. 2016.

______. "Supremo reconhece união homoafetiva". Notícia publicada na página oficial do STF em 5 de maio de 2011. Disponível em: http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=178931. Acesso em: 04 mar. 2020.

______. "STF reconhece a transgêneros possibilidade de alteração de registro civil sem mudança de sexo". Notícia publicada na página Oficial do STF em 1.º de março de 2018. Disponível em: http://portal.stf.jus.br/noticias/ verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=371085. Acesso em: 04 mar. 2020.

TJRS. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Portal de pesquisa do TJRS. Página da internet, site oficial do TJRS. Sem data de publicação (s/d). Disponível em: https://www.tjrs.jus.br/site/busca-solr/index.html?aba=jurisprudencia. Acesso em: 03 nov. 2016.

Transgender Europe. "31st March 2016: Trans Day of Visibility Press Release Over 2,000 trans people killed in the last 8 years". Página da internet, publicada em 30 de março de 2016. Disponível em: http://tgeu.org/transgender-day-of-visibility-2016-trans-murder-monitoring--update/. Acesso em: 03 nov. 2016.

– 6 –
A gestação de Ações Constitucionais: os partidos políticos (e suas motivações) no Supremo Tribunal Federal

Daniel Bogéa

1 Introdução

Simbiose institucional refere-se a uma relação continuada ao longo do tempo, que envolve pelo menos dois atores institucionais (Bogéa, 2018). Essa interação não assume de forma apriorística natureza de cooperação absoluta ou de harmonia permanente entre os agentes; porém, é definida como um jogo de soma positiva, i.e., em que ambos têm como propósito obter *outcomes*. Se, no campo da biologia, "most symbiotic mutualisms involve the supply of energy from one partner on the other" (Boucher et al., 1982, p. 319), no campo da política, os atores em simbiose tendem a tentar extrair da relação algum tipo de vantagem para a construção de seu papel institucional.

Parto da premissa teórica de que a relação entre STF e partidos configura uma simbiose institucional. Nessa interação, há ganhos potenciais que partidos poderiam extrair, em particular no tocante à ativação da Corte, para decidir sobre temas de seu interesse. A existência de canais institucionais de acesso direto ao mais alto espaço decisório do Poder Judiciário confere ferramenta de peso a agremiações partidárias. Menos evidente, em um primeiro momento, seriam os benefícios extraíveis pelo Tribunal dessa interação. É de se destacar, a esse respeito, que os próprios juízes da Suprema Corte foram contrários, durante a Constituinte, ao estabelecimento de novos mecanismos que permitiriam a partidos políticos a ativação direta do colegiado (Koerner e Freitas, 2013, p. 165).

Ao menos sob dois olhares, poder-se-ia argumentar que estamos a tratar de uma simbiose de tipo *parasitário*, em que apenas um dos lados tem ganhos em prejuízo do outro. Em primeiro lugar, o Supremo, já sufocado por uma enormidade de processos em razão de suas abrangentes competências e situado no topo da hierarquia de um sistema de justiça marcado pela *baixa funcionalidade*, veria seu estoque decisório aumentar consideravelmente ao assumir não apenas as controvérsias usuais, mas também aquelas que ordinariamente habitavam apenas as arenas majoritárias (*problema de eficiência*).

Em segundo lugar, a necessidade de tomada de decisão judicial sobre matérias submetidas diretamente por partidos poderia gerar um risco de *politização* do Tribunal, ou mesmo um risco de aumento da percepção pública de que o colegiado estaria imiscuído indevidamente em conflitos de natureza eminentemente política (*problema de politização*).

Ao compreendermos essa relação a partir de uma perspectiva evolutiva, contudo, percebemos como a interação entre partidos e STF assumiu, ao longo do tempo, contornos *mutualistas*[1], visto que a Corte adaptou-se ao novo ecossistema político da Constituição de 1988 e aproveitou-se dessa relação a partir da extração de benefícios relacionados com o aumento do capital político necessário para alimentar sua própria autoridade.

Com efeito, neste capítulo, busco enfatizar como decisões de atores não judiciais podem atribuir maiores poderes a tribunais. Ao passo que busco confirmar a hipótese de que a relação entre STF e partidos evoluiu ao longo do tempo no sentido de um *mutualismo institucional*, ou seja, de existência de benefícios recíprocos. Também me oriento por outra hipótese que enquadra os incentivos e suportes políticos de partidos ao Supremo como decorrência de estratégias mais amplas desses atores no sistema político.

Para explorar essas duas hipóteses, adentro o terreno pouco explorado das *razões* subjacentes ao acionamento judicial. Logo, as perguntas que orientam meu esforço de pesquisa voltam-se ao cerne da decisão política desses atores externos em levar questões ao STF: *Como, quando e por que partidos ativam a Corte? Quais são suas motivações? E, consequentemente, quais são os impactos dessa ativação?*

Indo além da literatura sobre o tema, trabalho sobre uma terceira hipótese de que a incorporação da tática judicial por partidos teria como *consequência*

---

[1] Justin Crowe também cita a palavra *mutualismo* para tratar da construção institucional do Judiciário estadunidense, ainda que não desenvolva a ideia teoricamente (Crowe, 2012, p. 276).

não intencional um incentivo vital à expansão de poder do Supremo Tribunal Federal. Nesse sentido, pretendo demonstrar que, mesmo quando não é possível identificar um interesse explícito das diferentes agremiações partidárias em expandir os poderes do STF, os partidos beneficiam o Tribunal ao colocar mais temas sob sua pauta, alimentando seu capital político.

Meu objetivo é apresentar evidências empíricas que coloquem em xeque a visão estilizada que põe Supremo e partidos em polos antagônicos de uma relação de disputa pelo poder de dar a última palavra sobre a Constituição, além de igualmente questionar a influente *insurance thesis*, na forma defendida por Hirschl (2004), que trata da expansão de poder judicial como uma transferência consciente de poder de esferas majoritárias a tribunais por conta de uma proteção de interesses elitistas.

Para tanto, apresento estudos de caso que também jogam luz sobre um tipo de interação pouco estudada: a atuação no STF de partidos pequenos e não inseridos de forma clara na dicotomia entre governo e oposição. Minha intuição é de que esses casos podem apresentar diferenças relevantes em relação aos casos para os quais pesquisas anteriores direcionaram maior atenção. Assim, pretendo apresentar contribuições novas, de modo a trazer elementos que possam ser agregados ao esforço analítico de trabalhos como de Taylor (2007) e Taylor e Da Ros (2008), que firmaram o estado da arte sobre o tema.

2 A "gestação" de uma ação: Quais são as motivações dos partidos?

O fato de que a Constituição abriu caminho pouco custoso e potencialmente benéfico a partidos para o controle abstrato de constitucionalidade de leis e atos normativos explica parte do processo de ativação do STF pelas legendas, mas não conta toda a história. Isso porque,

> do ponto de vista teórico, devemos observar que o chamamento dos tribunais à apreciação das políticas públicas não resulta apenas da extensão dos canais institucionais existentes para tanto, mas também do contexto e das estratégias políticas de potenciais atores no campo judicial (Taylor e Da Ros, 2008, p. 825).

As instituições formais mostram *como* ou *por quais canais* partidos podem ir à Corte. Porém, não temos elementos no texto constitucional para explicar *quando* ou *com qual frequência* os partidos o fazem, tampouco temos como infe-

rir as *razões* que moveram os partidos em cada uma dessas ocasiões. Ou seja, é certo que "the litigants' use of existing jurisdictional mechanisms is shaped by what they perceive to be the possible outcomes and benefits they might obtain in going to court" (Arguelhes e Süssekind, 2018).

Ocorre que, ao olhar para o processo decisório dos partidos, explorando suas razões concretas para irem à Corte, podemos superar a mera estilização desse processo de judicialização como um jogo em que atores racionais levam assuntos ao Tribunal de forma reiterada com base em interesse ou propósito mais geral de inflar esse espaço decisório de maior poder político. É esse movimento que autores como Hirschl pintam como uma espécie de insulamento de temas sensíveis na esfera judicial, uma tática das elites para retirarem assuntos estratégicos da arena majoritária.

A ideia de *simbiose institucional*, em geral, e da caracterização do acionamento do STF por partidos como um processo evolutivo que resultou em *mutualismo* bebe na fonte dessa perspectiva. Ela serve ao propósito de questionar a imprecisão de uma visão teórica ainda dominante que pinta a relação entre o Supremo e atores políticos eleitos como de natureza conflitiva e adversarial, a partir da qual haveria uma disputa constante pelo poder de dizer o que é a Constituição. Parto da premissa teórica de que esse discurso estilizado falha ao perceber a expansão do poder judicial como mero avanço sobre um *vácuo* deixado pelos atores eleitos.

Nesse sentido, é notória a necessidade da existência de *suportes políticos* para que haja atuação mais destacada do Tribunal (Whittington, 2006). Na relação STF-partidos, as ferramentas para tanto são notórias no caso das ações de controle abstrato de constitucionalidade. Ou seja, se o STF só é tão poderoso quanto lhe permitem e enquanto estiver apoiado de forma difusa pelos demais atores do sistema político, as ações de controle abstrato constituem o mecanismo por excelência para o fornecimento desse apoio.

Por isso, a forma de atuação de partidos na arena judicial pode reforçar a autoridade da Suprema Corte, abastecendo seu capital político e dotando-a de certa *legitimidade difusa* (Clark, 2011). Se a Corte retira algum benefício dessa relação simbiótica, não o faz de forma unilateral, mas a partir de iniciativas tomadas pelos próprios partidos.

Desta feita, entretanto, retomo o outro lado da relação: o benefício aos partidos. Minha preocupação, aqui, é determinar se existiria, de fato, esse movimento *intencional* de transferência de poder. Isso demanda uma caracterização

mais clara de *qual* seria o benefício retirado por agremiações dessa relação, o que demanda adentrarmos o terreno incerto das *motivações* desses atores. Se reconhecemos que "the motivations driving judicial decision-making are a fundamental aspect of the relations between courts and elected leaders" (Kapiszewski, 2013, p. 49), igualmente relevante é o estudo das motivações daqueles atores que ativam as cortes em primeiro lugar.

Matthew Taylor destaca que a *estrutura interna dos partidos* determinaria como os objetivos estratégicos são eleitos e de que forma as escolhas táticas são tomadas. Ocorre que o autor simplesmente assume que "the ideas and interests of the political parties are publicly established through electoral competition" (Taylor, 2008, p. 91), sem maior problematização sobre essa dinâmica menos explorada do processo de tomada de decisão política que redunda na propositura de uma ação judicial. Ainda assim, seu trabalho sobre o Partido dos Trabalhadores (Taylor, 2004, 2007) é aquele que mais avança no que diz respeito à decisão partidária de ativar o STF, relacionando os objetivos táticos da legenda com peculiaridades de sua estrutura interna.

Taylor apurou, a partir de seu estudo com foco no PT, quatro objetivos táticos de que se valem partidos que vão ao Supremo: (i) *declarar* sua oposição; (ii) *atrasar* a implementação de políticas; (iii) *desabilitar* políticas; e (iv) *desacreditar* políticas. Esses objetivos poderiam tomar corpo a partir de três *usos da judicialização* por partidos: (i) a *judicialização como tática de oposição*, quando o STF é visto de fato "como uma última instância, à qual se pode recorrer para derrotar determinadas políticas, denunciar as práticas do governo e tornar clara a posição contrária de determinados grupos a estas" (Taylor e Da Ros, 2008, p. 838); (ii) a *judicialização como arbitragem de interesses em conflito*, nos casos em que "determinados estatutos legais modifiquem procedimentos e atinjam diretamente interesses de grupos e setores específicos, prejudicando alguns e beneficiando outros" (Taylor e Da Ros, 2008, p. 840); e (iii) a *judicialização como instrumento de governo*, quando se vai ao Supremo "tanto para superar situações de paralisia decisória ou de impasse legislativo (*gridlock*) que os juízes resolvem favoravelmente ao governo quanto, de forma direta, para que se anulem estatutos legais que os integrantes da administração governista busquem retirar do ordenamento jurídico" (Taylor e Da Ros, 2008, p. 843).

A literatura já deixou assente que a decisão de propor uma ação não é movida apenas pelos potenciais méritos jurídicos da causa, ou mesmo pela chance de vitória do ponto de vista estritamente legal (Dotan e Hofnung, 2005; Taylor

e Da Ros, 2008). Em essência, "se o custo de desafiar a política nos tribunais é relativamente baixo, há pouca razão para que os oponentes ao governo não façam uso dessa tática" (Taylor e Da Ros, 2008, p. 828).

Os trabalhos mencionados foram além e apresentaram critérios racionais para que partidos fossem à Corte, incorporando as estratégias mais amplas desses atores no sistema político, além de aspectos contextuais que são aptos a explicar certas mudanças e permanências.

O perfil bastante heterogêneo dos partidos litigantes confirma esses diagnósticos, muito embora um aspecto gere algum desconforto quanto aos avanços produzidos pela literatura até aqui. Os poucos estudos que tratam das *motivações* da judicialização ancoram-se em exemplos bastante singulares de agremiações partidárias cujas características não podem ser generalizáveis para as demais. Ao sustentar suas percepções sobre a experiência petista, Taylor encontra uma realidade institucional que não pode ser extrapolada para o restante do sistema partidário: o partido conta com uma estrutura bastante complexa, burocratizada e centralizada para a análise e a gestação de uma ação, em um processo que passa por diferentes esferas até alcançar sua Executiva Nacional (Taylor, 2004).

Ocorre que, como visto acima, um olhar mais atento para dentro dos partidos mostra diferenças sensíveis sobre suas respectivas estruturas organizacionais e processos de tomada de decisão interna, sendo consensual que o PT é um *outlier*. Assim, é de se esperar que a gestação de ações em outras agremiações conte com características diferentes, influenciada pela própria dinâmica de funcionamento que cada legenda adota para seu funcionamento ordinário.

3 Estudos de caso: os diferentes tipos de "gestação"

Ao tratar da interação partidos-STF como uma relação *simbiótica*, oponho-me à visão dominante que pinta o Supremo como instituição que cresce "por suas próprias pernas" e coloca-se em uma condição de *quasi*-onipotência no cenário político atual. Sua posição de destaque político somente pode ser bem compreendida quando investigada como parte de uma dinâmica mais ampla do presidencialismo de coalizão, em que uma série de incentivos convergiram para robustecer seus poderes. Creio, nesse sentido, que a ideia de *simbiose* confere ganhos teóricos para estudos tanto judiciais como legislativos, servindo de caminho para uma integração entre essas duas tradições.

No entanto, ao tentar enquadrar a ida de partidos ao Supremo como um processo evolutivo que alcançou um estágio de *mutualismo institucional*, assumi ônus mais elevado. Não basta, agora, demonstrar empiricamente o elo entre as partes, sendo preciso indicar de forma precisa os benefícios que cada uma delas retiraria da relação. Se, de um lado, há elementos para assumir-se que o alastramento de ações de partido alimenta o capital político da Corte, há uma série de respostas que se candidatam a explicar os dividendos extraídos pelos partidos.

Como, quando e por que partidos ativam a Corte? Quais são suas motivações? E seus impactos? Essas foram as perguntas-guia da pesquisa. A sedutora e influente resposta de Ran Hirschl, que trata desse movimento como um movimento *intencional* de atores eleitos transferirem poder decisório sobre matérias sensíveis para um *locus* menos democratizado em uma verdadeira conspiração de elites, pode não ser compatível com uma visão mais holística do sistema político que percebe ações de partidos como um reflexo de canais formais convidativos conjugados com estratégias das legendas na arena majoritária, visto que encontrariam no STF um espaço "de veto e de voz" (Taylor, 2006b) para avançar seus objetivos políticos mais diversos.

Ocorre que também essa segunda resposta, mais próxima da realidade estudada, parte de outro pressuposto não problematizado: partidos seriam atores completamente racionais e, por conseguinte, ainda que movidos por variáveis contextuais, (i) concretizariam em suas ações algum interesse interno latente que não prosperou em outras esferas decisórias; e (ii) conformariam um ato de vontade de transferência de poder ao sistema de justiça, com reflexos sobre o arranjo de forças dessas instituições.

A partir de um olhar mais atento à "gestação" das ações, busco apresentar uma resposta alternativa (quiçá complementar), caracterizando as ações de partidos de forma diferente, tanto quanto as suas motivações como a seus impactos. Pretendo demonstrar que diferentes gestações podem apresentar características peculiares, podendo, por vezes, até mesmo serem caracterizadas como "barrigas de aluguel", i.e., quando um partido empresta sua legitimidade para mobilizar uma ação cuja essência foi gerida de fora da organização partidária. A partir dessa hipótese, busco complementar a literatura e reforçar a visão de que a expansão de poder do STF pela via de ações de partidos pode ser explicada como um efeito *não intencional* e *não antecipado* pelas legendas de suas ações.

O desafio de desincumbir-me do ônus que assumi não é trivial. Afinal, os dados descritivos que constam de estudos anteriores são capazes de exprimir as reais

motivações em jogo no processo de gestação de uma ação de partido político. Um caminho metodológico de natureza qualitativa pareceu inevitável para alcançar indícios empíricos que pudessem dar fôlego à minha pretensão de inovação teórica.

Com efeito, a partir da realização de duas etapas de entrevistas com atores-chave (ver anexo metodológico em Bogéa, 2018), deparei-me com as primeiras pistas de que, especialmente em partidos de pequeno porte, haveria casos em que legendas "emprestam" sua legitimidade ativa perante o STF para apresentar ações que foram concebidas por terceiros. Trato aqui de casos que foram mencionados expressamente nas entrevistas e referenciados em matérias jornalísticas. Antes disso, contudo, exploro casos que se amoldam perfeitamente na hipótese mais clássica de uso da Corte como uma forma de exercício de oposição à coalizão governante.

3.1 Coalizões oposicionistas vão à corte

Em algumas oportunidades, é possível que um grupo de partidos apresente, de forma conjunta, uma ação perante o STF. Nesse sentido, a base de dados de Silva (2017) apresenta uma fragilidade ao mapear apenas um partido por ação, não capturando essa possibilidade de coalizão partidária na ativação da Corte[2]. A partir de um exercício manual para ajustar essa lacuna, bem como da utilização complementar da base de dados de Canello (2016), contabilizei 96 ações com esse perfil até o final de 2015. Nesse item, contudo, pretendo focalizar as ações propostas por grupos de partidos durante os governos petistas de modo a reforçar o fato de que, apesar da redução do número de ações nesse período em relação ao governo FHC, o caminho da Corte seguiu como opção para a oposição congressual.

A primeira ação proposta conjuntamente pela coalizão oposicionista ao governo Lula identificada na base de dados do STF foi a Adin 3.145, proposta por PSDB e PFL, ainda em 19 de fevereiro de 2004, em face de dois artigos da Medida Provisória n.º 163/2004 que modificavam a reorganização de Ministérios do Poder Executivo federal, remanejando dotações orçamentárias e criando novos cargos comissionados. Em seguida, outras Adins reuniram a coalizão oposicionista aos

2 Nota-se que a base acabou por extrair apenas o nome do primeiro partido que consta na base de dados do STF nesses casos de ações conjuntas. Isso gerou alguma distorção na tabela de dispersão de ações por partidos.

governos petistas, seguindo algum padrão quanto ao tipo de matéria contestada e aos partidos que agiram de forma concertada, conforme listagem abaixo:

- Adin 3.956, proposta por PSDB, PPS e DEM, em 19 de setembro de 2007, em face da MP 390/2007, que revogava uma Medida Provisória anterior, que versava sobre benefícios tributários, em face de um alegado uso abusivo de MPs pelo Executivo federal;
- Adin 3.957, proposta pelos mesmos partidos, naquela mesma data, contra a MP 392/2007, com os exatos fundamentos da ação anterior;
- Adin 3.958, proposta pelos mesmos partidos, naquela mesma data, contra a MP 392/2007, com os exatos fundamentos das duas ações anteriores;
- Adin 3.964, proposta por PSDB, PPS e DEM, em 24 de setembro de 2007, contra a MP 394/2007, que dispunha sobre registro, posse e comercialização de armas de fogo e munição, bem como sobre o Sistema Nacional de Armas;
- Adin 3.967, proposta por DEM e PSDB, em 27 de setembro de 2007, em face de artigos da MP 387/2007, que tratava da transferência de recursos para o Programa de Aceleração do Crescimento (PAC);
- ADPF 125 e Adin 3.974, ambas propostas por PSDB e DEM, em 11 de outubro de 2007, em face do Decreto 6.217/2007, por se tratar de ato que recriava estrutura administrativa prevista originalmente em Medida Provisória que fora rejeitada;
- Adin 4.032, proposta por DEM e PSDB, em 26 de fevereiro de 2008, vertida contra o Decreto 25/2008, que instituiu o Programa Territórios da Cidadania, arguindo que se tratava de matéria de lei ordinária;
- Adin 4.179, proposta por PSDB, DEM e PPS, em 29 de dezembro de 2008, direcionada contra os artigos 1.º e 4.º da MP 452/2008, que criou o Fundo Soberano do Brasil;
- Adin 4.568, que voltou a reunir as três legendas. A medida, proposta em 1.º de março de 2011, insurgia-se contra a Lei 12.382/11, que estabelecia a possibilidade de fixação do valor de salário mínimo por decreto;
- Adin 4.592, proposta por PSDB e DEM, em 26 de abril de 2011, buscando de declaração de inconstitucionalidade de Resolução do Tribunal Superior Eleitoral que dispunha sobre "regras de adequação

de institutos ou fundações de pesquisa de doutrinação e educação política de partidos";

- Adin 4.611, proposta em 2 de junho de 2011, reuniu mais uma vez PSDB e DEM para contestar a Lei 12.404/2011, que criou a Empresa de Transporte Ferroviário de Alta Velocidade, também oriunda de Medida Provisória, por alegados vícios formais no decreto presidencial;
- Adin 4.645, proposta em 21 de agosto de 2011, que trouxe novamente o PPS com PSDB e DEM, impugnando a Lei 12.462/2011, que também foi originada de Medida Provisória e versava sobre a instituição do Regime Diferenciado de Contratações Públicas – RDC, um novo modelo de licitação que foi incluído por emenda congressual em MP que versava sobre a organização do setor aeroportuário;
- ADPF 251, proposta por DEM e PSDB, em 26 de março de 2012, em face do decreto que aprovou Regulamento e Quadro Demonstrativo dos Cargos Comissionados Técnicos da Agência Nacional de Transportes Terrestres; e
- Adin 4.904, por sua vez, foi apresentada já em 22 de janeiro de 2013 e refletiu novamente uma iniciativa do PSDB e do DEM contra uma Medida Provisória, de n.º 598/2012, que buscava abrir crédito para diversos órgãos da União. Mais uma vez, a coalizão oposicionista contestava o decreto presidencial em matéria de finanças públicas, especificamente no tocante à abertura de crédito extraordinário.

Além dessas ações, também foi identificada a Adin 4.795, que reuniu não só PSDB, DEM e PPS, mas também PMDB, PR, PP e PTB. Ocorre que essa ação, direcionada contra a Lei 9.504/97, mais conhecida como Lei das Eleições, dizia respeito a uma pauta de caráter mais corporativista das agremiações partidárias, relacionada à participação no tempo de TV, sendo mais bem enquadrada na mesma categoria da já mencionada Adin 1.351, ajuizada contra a "cláusula de barreira" imposta pela Lei dos Partidos Políticos.

Isto é, não se cuidou, aqui, de uma ida da *coalizão oposicionista* à Corte, como nitidamente podem ser caracterizados os casos acima. Já a Adin 5.423, proposta em 26 de novembro de 2015, foi a única em todo esse período que não acomodou o PSDB. Reuniram-se PTN, PHS, PRP e PTC, um conjunto de "nanicos", objetivando a declaração de inconstitucionalidade dos artigos 46 e 47,

§ 2.º, da Lei 9.504/97. Mais uma vez, as agremiações insurgiam-se contra a Lei das Eleições, em particular, nos dispositivos sobre propaganda eleitoral gratuita.

Por fim, a Adin 4.037 também possui uma característica peculiar. Ela reúne, além de PSDB, PRB, PP e PV, partidos que não apresentavam maior grau de coesão no nível federal, uma pessoa física, Ademir Correa. A ação foi movida contra lei municipal de Biguaçu, Santa Catarina, o que indica que se tratava de uma questão política local sem maiores repercussões sobre a coalizão governista.

Evidencia-se que as circunstâncias que moveram a coalizão oposicionista de forma orquestrada ao Supremo foram, em sua esmagadora maioria, relacionadas a um combate ao exercício de poderes normativos por parte do Executivo federal, seja via medida provisória ou decreto presidencial. Sendo assim, cuida-se de um tipo de iniciativo de partidos que se amolda perfeitamente às *motivações* identificadas por Taylor (2006b, 2008) como a utilização de tribunais como espaços não apenas de *veto*, mas também de *voz.*

Deve-se registrar que as ações de coalizões partidárias não constituem tema de atenção na literatura, ainda que tenham sido mencionadas em pesquisa anterior que não abarcou de forma completa o período dos governos petistas. Em seu trabalho sobre ações contra MPs, Luciano Da Ros indicou a peculiaridade da judicialização por partidos em coalizão. Focalizando a dimensão decisória da Corte, Da Ros indicava, inclusive, que as ações de coalizões entre 1988 e 2007 eram relativamente bem-sucedidas no Supremo, com percentual de sucesso na ordem de 21,9%. Nesse sentido, vale rememorar a hipótese explicativa levantada pelo autor para justificar esse surpreendente sucesso das coalizões:

> Ainda que os interesses de cunho eleitoral se façam presentes, provavelmente a corte age deste modo porque são casos em que a questão em pauta é amplamente controversa, mobilizando amplos setores da opinião pública para sua discussão, incrementando a publicidade e a transparência das decisões da corte e, ao mesmo tempo, fornecendo-lhe mais incentivos para decidir sem ter de levar em conta apenas a possível identificação com o governo ou a oposição. Neste mesmo sentido, pode-se supor que coalizões de partidos políticos sejam uma fonte poderosa de suporte às decisões dos tribunais, visto que consubstanciam muitas vezes fortes alianças de interesses. Semelhantemente, pode-se supor muitas vezes que as coalizões de partidos possam ser encaradas pelo tribunal também com menos cinismo em relação às pretensões dos proponentes. A corte possivelmente veria a ação em conjunto não apenas como forma de colher os frutos eleitorais e midiáticos necessariamente

presentes, mas como resultado da veiculação de crenças políticas e jurídicas sobre o tema discutido, aproximando-se de uma ação mais sincera do que simplesmente estratégica, sendo, portanto, mais bem avaliados pelos Ministros da Corte (Da Ros, 2008, p. 166-167).

Deve-se observar, contudo, que, ao menos no tocante ao período dos Governos Lula e Dilma, essa ferramenta foi utilizada de forma quase absoluta pela própria coalizão oposicionista – e não apenas como uma junção de partidos pouco conectados, como nas Adins 1.351 e 4.795. Aqui, talvez a hipótese de Da Ros perca força explicativa, visto que as ações tornam-se claramente uma extensão de disputas oposicionistas havidas na arena legislativa.

Nada obstante, cumpre observar que, para além desses casos, temos parcela representativa das ações submetidas ao STF oriundas de partidos que não se identificam claramente com a coalizão oposicionista ou com a coalizão governista. Para esses casos, as alternativas colocadas pela literatura (Taylor, 2004, 2006b, 2008; Taylor e Da Ros, 2008) podem ser objeto de complementação.

Atente-se, em particular, ao caso de partidos menores, sejam aqueles sem uma plataforma clara, sejam os que possuem uma agenda ideológica marcada, que oferecem características bastante peculiares, desde sua estrutura organizacional até sua forma de atuação dentro do Congresso Nacional, sendo razoável esperar-se um processo de tomada de decisão igualmente distinto para ativação do STF. Os casos seguintes buscam explicitar essa potencial multiplicidade de propósitos.

3.2 Ação do partido ou do advogado? As ações "barriga de aluguel"

Em 18 de maio de 2016, o Partido Ecológico Nacional – PEN – propôs, perante o Supremo, uma ação declaratória de constitucionalidade com vistas a confirmar o que dispõe o artigo 283 do Código de Processo Penal, condicionando o início de cumprimento da pena de prisão ao trânsito em julgado da sentença penal condenatória. Em síntese, o propósito da ação seria a confirmação da constitucionalidade do seguinte dispositivo legal:

> Ninguém poderá ser preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada da autoridade judiciária competente, em decorrência de sentença con-

denatória transitada em julgado ou, no curso da investigação ou do processo, em virtude de prisão temporária ou prisão preventiva.

Segundo a petição inicial do partido político, o acionamento do Supremo dar-se-ia em razão de controvérsia relevante sobre a aplicabilidade da norma de direito processual. Isso porque decisão tomada pelo próprio STF nos autos do *Habeas Corpus* n.º 126.292, de relatoria do Ministro Teori Zavascki, considerou válido, em um caso concreto, o cumprimento de pena de prisão antes do trânsito em julgado de decisão condenatória, em sentido divergente do texto legal e da jurisprudência anterior da própria Suprema Corte, demandando uma espécie de esclarecimento em abstrato por parte do Tribunal sobre a aplicabilidade da lei em questão.

Em essência, a tese do partido era de que o dispositivo legal que pretendia ter sustentada a constitucionalidade seria congruente com o princípio da presunção de inocência, inscrito no artigo 5.º, inciso LVII, da Constituição Federal. Ou seja, seria um *direito* do cidadão, resguardado tanto pela lei como pela Constituição, preservar sua liberdade até o trânsito em julgado de decisão condenatória que imponha pena de prisão. Assim, não poderia um tribunal decidir em sentido contrário, ainda que procedendo com a punição apenas após condenação em 2.ª instância, como havia decidido o STF no caso concreto que deu fundamento à ADC.

Curioso notar que uma disputa de natureza essencialmente jurídica, de caráter processual, viria a ter impacto estrondoso – em patamares certamente não antecipados – nas principais disputas políticas dos anos que se seguiram. Em primeiro lugar, o partido litigante alegadamente não afiliou a seus quadros um dos principais candidatos na disputa presidencial de 2018, o deputado federal Jair Bolsonaro, exclusivamente em razão dessa ação proposta perante o STF.

Em segundo lugar, a superveniente prisão do ex-presidente Luiz Inácio Lula da Silva, de acordo com novo entendimento do STF sobre a possibilidade da sanção prisional, após a condenação em segunda instância, mesmo antes do trânsito em julgado, constituiu um dos fatos definidores da conjuntura política com efeitos determinantes sobre a disputa eleitoral de 2018.

Em todo caso, meu propósito não é adentrar no mérito jurídico da ação ou repercutir seus impactos políticos sobre o pleito eleitoral, mas antes compreender o processo que redundou em sua propositura pelo partido político. Alguns elementos coletados em entrevistas semiestruturadas indicam que esse

caso seria um dos exemplos mais nítidos de "gestação" de uma ação fora da seara da própria agremiação partidária. Ou seja, jogar luz sobre as particularidades do caso seria um caminho possível para ilustrar-se a hipótese de uma ação do tipo "barriga de aluguel", em que a legitimidade ativa do partido é emprestada como espécie de veículo para teses de terceiros.

O então denominado Partido Ecológico Nacional é recente, de dimensões reduzidas e com um histórico bastante peculiar. Fundado em 9 de agosto de 2011, o PEN obteve seu registro definitivo perante o Tribunal Superior Eleitoral em 19 de junho de 2012. A agremiação é criatura de um esforço pessoal de seu presidente Adilson Barroso, que decidiu estruturar a legenda após deixar a presidência do diretório estadual de São Paulo do Partido Social Cristão – PSC – em meados de 2007. O propósito declarado pelo presidente do PEN seria a defesa da "sustentabilidade na educação, na saúde, na segurança e no meio ambiente" (Rodrigues, 2013), em retórica aderente à intenção do partido, à época, de angariar Marina Silva como sua candidata à Presidência da República[3].

Subjacente ao discurso ecológico de sua origem, contudo, reside uma pauta diferente, de matriz conservadora ligada a setores de direita associados a igrejas evangélicas pentecostais, ancorada em um discurso antipolítico, a defesa de valores familiares e um enrijecimento no campo da segurança pública, sendo este último aspecto conflitante com o próprio pleito jurídico da legenda. Registre-se, aliás, que o partido mudou de nome em 10 de agosto de 2017, explicitando essa agenda até então obscura e adotando a denominação de Patriota, com o propósito (malsucedido) de angariar a candidatura de Jair Bolsonaro à Presidência da República. Manteve-se, de todo modo, o baixo número de parlamentares integrantes de sua bancada parlamentar. O tamanho reduzido, a volatilidade ideológica e sua ausência nas coalizões governista ou oposicionista são elementos suficientes para caracterizarmos o partido como "nanico", na classificação de Werneck Vianna.

A partir da análise desse perfil partidário, não se percebe qualquer alinhamento temático entre o conteúdo da ação submetida ao STF e os objetivos estatutários da legenda – tampouco aqueles ocultos em documentos oficiais, mas eventualmente externados em entrevistas e declarações por seus membros – isso tudo, não obstante ter se tratado da primeira ação do PEN perante o STF desde sua criação.

---

[3] O fracasso do partido nessa tentativa fez com que integrassem a base de apoio à candidatura do então senador Aécio Neves, do PSDB.

Se não podemos afirmar de forma inconteste que o tema era absolutamente estranho ao interior do partido, de certo a matéria não ocupava uma posição central em sua plataforma política, tampouco há notícias de que repercutiria de forma direta sobre algum de seus quadros. Pelo contrário, afigura-se nítida contradição com a agenda mais punitivista no campo da segurança pública, em que a agremiação defende, inclusive, a pauta de redução da maioridade penal.

De fato, um partido pouco expressivo na seara parlamentar conseguiu, na arena judicial, tomar alguma importância no cenário político quando foi ao Judiciário. A imprensa registrou que "com uma bancada de apenas cinco deputados federais e nenhum governador ou prefeito de capital, o nanico PEN alcançou protagonismo político" (Gadelha, 2018) e *fez barulho* no Supremo Tribunal. Suas motivações, contudo, parecem estar muito longe das hipóteses formatadas pela literatura. As intenções do partido não se enquadram em uma lógica oposição/governo, tampouco conseguem ser mapeadas por um viés ideológico. Fica evidente, assim, que não se buscava *veto* a algo oposto à plataforma da agremiação ou mesmo dar *voz* a uma agenda sufocada nas arenas majoritárias.

Uma explicação possível surgiu no âmbito das entrevistas semiestruturadas: a ação não seria propriamente do partido, mas do advogado que a assina. Dois entrevistados indicaram o caso como um exemplo no qual *os temas objeto das ações não são selecionados pelo próprio partido, mas antes sugeridos por atores externos*. Ou seja, essa constituiria uma "gestação" de ação bastante peculiar, ainda não detectada pela literatura, em que a legenda apenas empresta sua legitimidade para levar ao STF uma ideia/pauta concebida por terceiros. Por isso, classifico esse tipo de ação como "barriga de aluguel".

Além dos pontos acima destacados, outros elementos desse caso concreto robustecem sua caracterização como uma ação "barriga de aluguel". Isso porque o conflito entre partido "gestante" e advogado "dono da ação" acabou sendo objeto de inúmeras reportagens jornalísticas, tendo em vista seu impacto sobre a tentativa de filiação de presidenciável pelo PEN/Patriota. Segundo amplamente noticiado pela imprensa, houve imposição ao partido por parte de Jair Bolsonaro no sentido de que desistisse da ação perante o STF[4], pelo potencial

---

[4] Segundo divulgou a Folha de São Paulo, "Bolsonaro disse que o projeto de derrubar o entendimento do STF tinha como objetivo liberar presos em primeira instância na Lava Jato, em decisões proferidas na justiças (*sic*) dos Estados. O deputado disse que a ação na prática significaria o fim da operação. Criticou ainda a iniciativa que teria sido 'patrocinada' por Kakay, que Bolsonaro disse ter sido advogado de José Dirceu" (Vettorazzo e Franco, 2017).

benefício que ela geraria ao também pré-candidato Luiz Inácio Lula da Silva. Ainda que eventual pleito de desistência não tivesse nenhum impacto sobre o processo do ponto de vista estritamente técnico-jurídico[5], o partido anunciou que iria destituir o advogado da causa, identificado como o "pai da ação" (*O Estado de S. Paulo*, 2018).

Meses mais tarde, o conflito voltou aos meios de comunicação, pois, não tendo ocorrido a anunciada destituição, o presidente do partido voltou a manifestar publicamente o repúdio ao seu conteúdo, agora no contexto de julgamento da matéria no caso concreto do ex-presidente Lula. Em resposta, o advogado signatário da ação publicou nota à imprensa que apresenta mais indícios de que se trata de uma ação pensada fora do partido:

> Em 19.05.2016, ajuizamos a Ação Direta de Constitucionalidade (ADC 43) em nome do PEN – Partido Ecológico Nacional.
> [...] Expliquei ao Sr. Adilson [presidente do partido] que a ação defende uma tese jurídica e não um cidadão especificamente. Nesse mesmo dia, recebi do presidente do PEN a seguinte mensagem:
> [...] [relato de fala do presidente do partido] 'Ao constituir o senhor como advogado do PEN conferi os poderes para nos representar dentro dos limites que o senhor entender necessário pois temos absoluta confiança em seu trabalho, e sabemos que nossa constituição merece respeito e nunca quis defender pessoas específicas, mas sim o direito de todos'. (Teixeira, 2018).

Os estudos anteriores sobre partidos no STF dedicaram-se quase integralmente a destrinchar a dinâmica governo/oposição no Tribunal. Esse caso, contudo, mostra que partidos pequenos podem alcançar uma *sobre*-representação na Corte que merece ser mais estudada. O caso da ADPF do PEN evidencia uma circunstância não vislumbrada pela literatura: é possível que partidos não adotem o caminho da Corte como uma estratégia coerente com suas características internas, sendo que as reais motivações da ação sequer podem ser situadas dentro da legenda. Nesses casos, que chamo de ações "barriga de aluguel", atores externos tomam emprestada a legitimidade de partidos para ativar diretamente o Supremo.

O estudo desse caso traz à tona um elemento que não é estranho às dinâmicas mais amplas do presidencialismo multipartidário brasileiro. Partidos "nanicos" envol-

---

[5] Vide posicionamento consensual da comunidade jurídica em *Revista Consultor Jurídico* (2018).

vem-se em pautas que não parecem guardar qualquer lastro com o perfil ideológico da legenda, a partir de moedas de troca que não são transparentes para o público.

Em todo caso, essas ações de aluguel, mesmo quando desprovidas de qualquer motivação interna do partido, causam impactos relevantes sobre o sistema político como um todo. A um, porque sedimentam a autoridade do Tribunal como árbitro de conflitos interinstitucionais. A dois, porque conferem importância artificialmente inflada a agremiações partidárias pequenas e com baixa consistência ideológica ou programática.

3.3 O partido como meio para o litígio estratégico: O caso do PSOL e da REDE

De outro lado, a ideia de ações "barriga de aluguel" não envolve necessariamente a marca perniciosa de partidos sem pauta temática consistente. Os casos abaixo dizem respeito a situações em que, não obstante o conteúdo da ação ter isso essencialmente concebido de fora do partido, ele foi incorporado a partir de algum nível de alinhamento com as pautas formadas internamente à agremiação. Nesse sentido, afigura-se uma espécie de associação também simbiótica, ou um *mutualismo* dentro do *mutualismo*, entre partidos e organizações ou movimentos de litígio estratégico com quem guardam alguma identidade de agenda.

Um caso típico foi a ADPF 442, datada de 6 de março de 2017. A ação foi proposta pelo PSOL para que o "STF considere inconstitucionais dois artigos do Código Penal, números 124 e 126, garantindo assim que mulheres que façam a interrupção da gravidez até a sua 12.ª semana não sejam consideradas criminosas". Ocorre que, conforme anunciado pelo próprio partido em seu sítio, essa não foi uma iniciativa solitária, mas uma ação judicial proposta "juntamente com a Anis – Instituto de Bioética" (PSOL, 2017). A situação é explicitada também em artigo publicado pelas advogadas signatárias da ação (Boiteux et al., 2017), sendo duas advogadas do PSOL (Luciana Boiteux e Luciana Genro) e duas da Anis (Sinara Gumieri e Gabriela Rondon). A própria Anis publicou cartilha intitulada "Entendendo a ADPF de descriminalização do aborto" (Anis, 2018).

A Anis é uma ONG feminista atuante na defesa de direitos sexuais, reprodutivos, violências e sistema penal que se autoidentifica como "uma organização feminista, não governamental e sem fins lucrativos, reconhecida pela pesquisa social, incidência política, litígio estratégico e projetos de comunicação sobre violações e defesa de direitos" (Anis, 2018).

Cuida-se de um dos atores centrais no movimento de litígio estratégico perante o STF, atuante em causas importantes, como a Adin 3.510, que discutiu a Lei de Biossegurança, especificamente no tocante à pesquisa com células-tronco embrionárias. No que diz respeito à pauta de descriminalização do aborto, a agenda da ONG é alinhada à posição política do PSOL.

O processo de gestação dessa ação confere indícios para considerarmos que o processo iniciou-se e tomou corpo fora do partido. Em evento realizado em 14 de abril de 2016, na Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, intitulado "Direito das mulheres e o vírus Zika", a pesquisadora Débora Diniz, professora da Universidade de Brasília e fundadora da Anis, realizou apresentação em que debateu o tema (Diniz, 2016). Ao final da etapa de discussões, afirmou que, se tivesse como voluntária "uma jovem de elite, branca, bem-educada, que tenha ficado grávida, que não queira manter a gestação", provisionaria assistência e os melhores advogados para levar a causa até o Supremo.

Tempos depois, já no bojo da ADPF 442, consta da petição inicial do processo um pedido do partido para uma decisão antecipada, ou "medida cautelar incidental", no linguajar técnico-jurídico, com urgência, para a situação de uma mulher gestante, de forma subjetiva e individual, de modo que ela pudesse obter autorização para interrupção voluntária da gravidez antes da 12.ª semana de gestação dentro da legalidade.[6]

Em essência, o caso concreto apresenta uma atuação sinérgica de grupo orientado para o litígio estratégico de direitos sexuais e de partido político de esquerda. Apesar de ser pouco estudada, a atuação de grupos de interesse no Poder Judiciário, em particular, no STF, pode envolver "(i) patrocínio de casos testes; (ii) apresentação de *amicus curiae* (iii) exposição em audiências públicas; (iv) reunião com ministros ou ministras em seus gabinetes; e (v) apresentação de memoriais e notas técnicas" (Guimarães, 2017, p. 69-70; Collins Jr., 2012). No caso de ações de controle abstrato, no entanto, não existe canal direto à Corte disponível para ONGs como a Anis, sendo a associação com o partido uma necessidade contingencial.

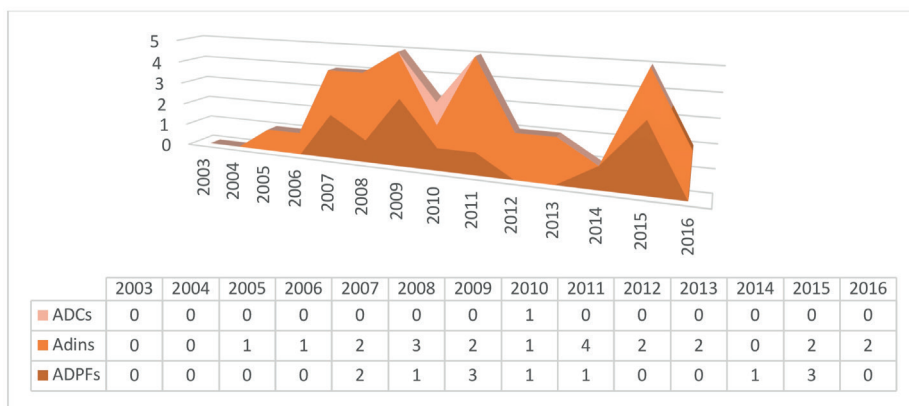
---

[6] O pedido foi negado pela ministra Rosa Weber, sob o fundamento de que "O pedido de concessão de medida cautelar de urgência individual, referente a [...], por sua natureza subjetiva individual, não encontra guarida no processo de arguição de descumprimento de preceito fundamental, que serve como instrumento da jurisdição constitucional abstrata e objetiva", isto é, não caberia ao Tribunal resolver o caso concreto.

O caso também demonstra que as ações "barriga de aluguel" não devem ser vistas como tendo natureza necessariamente negativa. Isso porque as circunstâncias desse caso concreto muniram o partido de capacidade para levar ao Judiciário uma demanda congruente com sua pauta, ainda que não tenha sido propriamente formatada internamente. Temos, aqui, por isso, uma evidência clara de que o canal formal para partidos tem como consequência um uso de tipo diferente de outros legitimados, que se limitariam a pautas internas ou mesmo corporativistas, e também não se confunde com modelos de outros países, que concedem a legitimidade não a uma legenda partidária, mas a um número específico de parlamentares. Aqui, pautas podem ser levadas sem necessária conexão com a dinâmica partidária interna, tampouco com as pautas em discussão dentro do Congresso.

Essa descoberta ganha relevância quando percebemos que o PSOL é um dos líderes no número de ações perante o STF, não obstante ter algum alinhamento ideológico com o PT e jamais ter integrado a coalizão oposicionista durante os governos Lula e Dilma. Isto é, sua atuação na arena judicial dificilmente poderia ser enquadrada dentro da lógica governo/oposição, sendo até certo ponto surpreendente o número de ações levadas ao STF durante os governos petistas.

Figura 1 – Ações do PSOL durante os governos do PT (2003-2016)

	2003	2004	2005	2006	2007	2008	2009	2010	2011	2012	2013	2014	2015	2016
ADCs	0	0	0	0	0	0	0	1	0	0	0	0	0	0
Adins	0	0	1	1	2	3	2	1	4	2	2	0	2	2
ADPFs	0	0	0	0	2	1	3	1	1	0	0	1	3	0

Fonte: base de dados do Supremo Tribunal Federal.

A partir do levantamento de outras ações do partido no banco de dados, foi possível detectar ao menos outra oportunidade em que ficou explicitada a associação entre PSOL e uma entidade atuante em litígio estratégico para a propositura de ação perante o STF. Cuida-se da ADPF 346, proposta em 26 de maio de 2015, ainda durante o governo Dilma. Na ação, o partido buscou a guarida do STF para dar conta de problemas relacionados à crise prisional do Brasil. O objetivo declarado do partido era o reconhecimento pelo STF do "*estado de coisas inconstitucional*" do sistema penitenciário, de modo que a Corte demandasse do Poder Executivo federal e dos estados a implantação de planos governamentais para solucionar a crise.

Logo no início da ação, contudo, o próprio PSOL registra que seu teor "se baseia em representação formulada pela Clínica de Direitos Fundamentais da Faculdade de Direito da UERJ". Trata-se de núcleo universitário "que tem por missão a promoção e defesa dos direitos fundamentais do país". Entre suas atividades, declara-se expressamente a:

> prestação de assessoria jurídica especializada e representação processual de entidades da sociedade civil em litígios estratégicos de interesse público, i.e., ações judiciais que tenham potencial de promover transformação social e ampliar a proteção de direitos humanos (Clínica UERJ Direitos, 2014).

Esse caso específico apresenta uma singularidade interessante: o próprio partido levou formalmente ao STF toda a demonstração de como a ação foi concebida e formatada fora da agremiação, que encampou a empreitada emprestando-lhe legitimidade para levar a questão à Suprema Corte. Entre outros aspectos, o PSOL juntou aos autos a representação que foi encaminhada ao partido pela Clínica de Direitos Fundamentais da Faculdade de Direito da UERJ, que, em essência, conforma o mesmo conteúdo da petição inicial da legenda. Os próprios advogados da entidade foram signatários da ação. Além disso, foi juntado um parecer de jurista também encaminhado pela entidade de litígio estratégico para dar suporte ao pleito.

Em essência, a associação entre partido e ator externo repercutiu em uma ação de controle abstrato de constitucionalidade que, no caso específico, teria repercussões importantes sobre as políticas públicas do Poder Executivo federal, sem que a agremiação estivesse, no arranjo mais amplo do sistema político, em oposição ao partido do governo. Não se conforma propriamente uma tentativa de dar voz a uma demanda sufocada no Congresso. Cumpre dizer que a natureza da ação também impede que a caracterizemos como uma tentativa de *veto* ou

atraso a uma determinada política governamental. O que se conforma é uma tentativa de *implementar-se* uma política pública sem uma decisão prévia dos Poderes Executivo e Legislativo, de forma direta e impositiva por um tribunal judicial, a pedido de um partido minoritário nas esferas majoritárias.

Mais uma vez, ao focalizarmos as ações de partidos pequenos no STF, foi possível detectar um tipo de uso das cortes não antecipado pela literatura. Além de obterem mais voz na Corte do que no Congresso, em uma clara sobrerrepresentação, os casos mostram que esses partidos podem ter um poder de influência na própria formulação e na implementação de políticas pela via judicial. Aqui, o Tribunal torna-se muito mais do que um potencial ponto de veto, mais se aproximando de uma "primeira câmara legislativa" (Ribeiro e Arguelhes, 2015), ou mesmo de algo além disso.

O fato de que o ator externo identifica-se tão claramente como autor intelectual da ação possibilitou uma varredura no sistema do STF das ações também assinadas pelo mesmo grupo de advogados. Essa estratégia metodológica mostrou-se bem-sucedida, visto que a identidade dos advogados que representam partidos pode dizer muito sobre o local de gestação da ação.

No caso concreto, alguns dos advogados que integram a Clínica de Direitos Fundamentais da Faculdade de Direito da UERJ também atuam por escritórios de advocacia, o que dificultou uma definição clara das ações de partido que teriam como característica a gestação da ação por esse ator externo. De toda maneira, o levantamento trouxe um exemplo claro de ação "barriga de aluguel" em parâmetros bastante similares à ADPF 346. Cuida-se da ADPF 489, proposta pela Rede Sustentabilidade, em face da Portaria do Ministério do Trabalho n.º 1.129, de 13/10/2017, sob o argumento de que a norma infralegal, "se cumprida, praticamente destruirá a política pública brasileira de combate ao trabalho escravo".

Sem que se adentre no mérito específico da ação, já é possível notar que ela se enquadra mais facilmente às categorias da literatura para iniciativas que buscam externar publicamente oposição a uma política pública ou inviabilizar juridicamente essa mesma política. A particularidade, contudo, reside no fato de que a mesma Clínica de Direitos Fundamentais da Faculdade de Direito da UERJ consta de forma explícita como a formuladora da ação, inclusive com seu logotipo do timbre do texto submetido pelo partido, tal como costumam fazer as bancas de advocacia que representam seus clientes em juízo.

Todos esses casos exemplificam situações com indícios robustos de que a gestação da ação ocorreu externamente ao partido. O que chamei de ação "barriga

de aluguel" é algo absolutamente ignorado por estudos anteriores e parece refletir uma característica usual da dinâmica de atuação dos próprios partidos em outras arenas. De outro lado, sua constatação demanda alguma reflexão sobre os *motivos* que levam partidos à Corte. Ao focar sua atenção em grandes partidos, que ocupam protagonismo na relação governo/oposição, estudos anteriores não avançaram sobre as dinâmicas de partidos menores, que encontram na arena judicial não apenas um espaço de *voz* ou *veto*, mas também um *locus* para inflarem seu poder parlamentar e efetivar práticas associativas – legítimas ou ilegítimas – que também são parte de seu *business as usual*.

A partir de moedas de troca que podem transitar entre as mais nobres possíveis e as mais convencionais e fisiológicas da tradição política brasileira, legendas podem emprestar sua legitimidade ativa para atores externos. Assim, partidos sem qualquer maior participação na dinâmica governativa, ou sem posição marcada na disputa governo/oposição, possuem "carta branca" para levar ao STF pautas formuladas interna ou externamente, com *motivações* que podem variar significativamente, como este estudo de casos buscou demonstrar.

4 Conclusão

Meu argumento é que diferentes atores, eleitos ou não eleitos, habitam um ecossistema institucional complexo, no qual interagem constantemente. Isso repercute em associações de longo prazo, mediadas pelas instituições formais e informais, das quais esses atores retiram algum dividendo. Partidos e STF, em especial, formam uma relação *simbiótica* que é abastecida pelo contexto e pelas estratégias mais amplas desses atores. Além disso, o próprio posicionamento do Tribunal no jogo político pode fomentar um uso político mais constante, visto que:

> Courts that publicly signal expansive powers also enlarge the possibility of what losers in the political arena can at least try to judicialize. Indeed, the litigants' use of existing jurisdictional mechanisms is shaped by what they perceive to be the possible outcomes and benefits they might obtain in going to court (Arguelhes e Süssekind, 2018).

Nesse cenário, a legitimidade conferida pela Constituição de 1988 para que partidos apresentem ações de controle abstrato de constitucionalidade tornou essa relação ainda mais próxima, desaguando em um cenário de *mutualismo ins-*

titucional. Esse instrumento foi percebido e apropriado por partidos como algo que vai muito além de uma ferramenta jurídica, servindo a estratégias políticas, a partir de lógicas estratégicas que não podem ser compreendidas apenas por meio de um olhar isolado a casos concretos. Em particular, firmou-se relevante ferramenta de oposição ao governo, seja para exercer vetos sobre políticas governamentais, seja para dar voz a posições sufocadas na arena majoritária (Taylor, 2006b).

Para além do uso oposicionista, a ida à Corte serviu ao propósito de partidos localizados em todos os lados do espectro político-ideológico, inclusive como ferramenta de governo (Taylor e Da Ros, 2008; Whittington, 2005b, 2006). Sendo reflexo de estratégias mais amplas, naturalmente o número de ações e suas razões variaram ao longo do tempo. Por isso, eventuais quedas pontuais no uso de ações não apontam, *a priori*, para uma redução da judicialização, devendo-se afirmar com segurança que o STF foi incorporado como uma nova arena de disputa por todo o sistema partidário. Caracterizei, por tudo isso, a relação que se desenvolve entre partidos e STF no acionamento pela via de ações de controle abstrato como uma associação que tem gerado benefícios recíprocos.

Se até esse ponto aderi à boa parte dos achados de pesquisas anteriores, afastei-me da abordagem tradicional para buscar nas motivações de partidos que acionam o STF fatores explicativos subestudados. Com esse propósito, apresentei sumariamente achados da literatura que demonstram diferenças organizacionais internas de partidos refletidas em processos decisórios sensivelmente diferentes. Isso tornou mais evidente a importância de olhar-se para o processo de "gestação" de ações dentro de partidos, sendo impossível assumir, por exemplo, que as dinâmicas de atuação do PT no Judiciário seriam equiparáveis àquelas de partidos como PSDB, PSL, PEN, PSOL ou REDE, que também têm sido atores importantes na arena jurídica.

A opção metodológica por entrevistas foi determinante para que encontrasse as primeiras pistas de um achado que penso ser inédito na literatura: o fato de que existem ações que chamo de "barriga de aluguel", i.e., ações que foram construídas/gestadas de fora da agremiação partidária e que foram apropriadas por partidos, os quais serviram de mero veículo para a *judicialização* – necessário por conta do privilégio da legitimidade ativa conferida pelo artigo 103 do texto constitucional.

Os casos que apresento deixam mais clara essa dinâmica, que pode envolver tanto (i) práticas de perpetuação de uma atuação fisiológica de partidos sem

consistência ideológica clara, como (ii) práticas associativas legítimas entre partidos e organizações ou movimentos sociais que compartilham de uma agenda programática e beneficiam-se da estratégia judicial em uma espécie de *mutualismo* dentro do *mutualismo*.

Em essência, a pesquisa que originou este capítulo apresenta os seguintes achados:

- Enquadrei as ações de partidos como um tipo de *mutualismo institucional* de modo a enfatizar os benefícios gerados a ambas as partes da relação, ou seja, tanto partidos como o Supremo extraem dividendos políticos relevantes. Com isso, corroboro a hipótese de que a *construção institucional* de um STF mais forte é resultado de uma convergência de suportes políticos de outros atores (Whittington, 2005, 2006, 2007), rejeitando a hipótese dominante que percebe o crescimento do poder do STF, em oposição aos demais Poderes, como uma espécie de disputa crua por um mesmo espaço (*contrae.g.* Barroso, 2016);
- A caracterização das ações de partidos como medidas tomadas por agremiações em face dos mecanismos formais postos e do contexto conjuntural para efetivar suas estratégias políticas mais amplas (em linha com Taylor, 2007; Taylor e Da Ros, 2008). Com isso, concluo que a estratégia de *judicialização* serve aos propósitos de diferentes tipos de partidos em posições distintas tanto no espectro ideológico como na lógica governo/oposição;
- A identificação da "gestação" de ações como um foco importante de análise, tendo em vista os diferentes perfis e circunstâncias de partidos litigantes, bem como a importância de investigarem-se suas *motivações*. Em particular, esse ponto de vista apresentou um tipo de uso político das cortes não identificado anteriormente na literatura: cuida-se da ação gestada fora da agremiação, ou ação "barriga de aluguel", que coloca em xeque algumas das pré-suposições teóricas sobre a racionalidade do processo mediante o qual atores eleitos transferem poderes decisórios ao STF;
- A rejeição de hipóteses mais fortes, *à La* Ran Hirschl (2004), que caracterizam a expansão de poder judicial como uma consequência intencional de esforços convergentes de elites políticas, econômicas e judiciárias para insular determinados temas, protegendo-os da deli-

beração majoritária[7]. Em seu lugar, no caso específico da relação partidos-STF, os elementos obtidos conferem sustentação à tese de que se trata de uma *construção institucional* escorada em um contínuo fluxo de ações de partidos que são motivadas por estratégias políticas mais amplas, que assumem conotações bastante diversas (variando desde táticas de oposição à coalizão governista até o aluguel circunstancial da legenda para servir a interesses de terceiros), e cuja consequência *não antecipada* e *não intencional* é um robustecimento, no longo prazo, da posição institucional do Tribunal.

Referências

Anis. "Quem somos". In Site da Instituição. Brasília: Anis, 2018. Disponível em: https://anis.org.br/quem-somos/.

Arguelhes, Diego Werneck e Süssekind, Evandro. "Building judicial power in Latin America: opposition strategies and the lessons of the Brazilian case". *Revista Uruguaya de Ciencia Política*, v. 27, n. 1, p. 175-196, 2018.

Barroso, Luís Roberto. "Reason without vote: the representative and majoritarian function of constitutional courts". In Bustamante, Tomás e Fernandes, Bernardo Gonçalves (ed.). *Democratizing constitutional law: perspectives on legal theory and the legitimacy of constitutionalism*. Dordrecht: Springer Netherlands, 2016.

Bogéa, Daniel. *Simbiose institucional: a interação entre o STF e partidos políticos no presidencialismo brasileiro* (Dissertação). Ipol/UnB, 2018.

Boiteux, Luciana et al. "A ADPF 442: ousadia necessária para descriminalizar o aborto". *Justificando*, 15 mar. 2017. Disponível em: http://www.justificando.com/2017/03/15/adpf-442--ousadia-necessaria-para-descriminalizar-o-aborto/.

Boucher, Douglas et al. "The ecology of mutualism". *Annual Review of Ecology and Systematics*, v. 13, p. 315-347, 1982.

Canello, Júlio. "Ações Diretas no Supremo Tribunal Federal do Brasil (1988-2015)". Harvard Dataverse, 2016.

Castro, Marcus Faro de. "Política e economia no judiciário: as ações diretas de inconstitucionalidade dos partidos políticos". *Cadernos de Ciência Política da Universidade de Brasília*, n. 7, p. 1-57, 1993.

[7] Whittington também ilustra esse processo a partir da visão de que "elected officials may lend their support to judicial review in hopes that the judges will outlive their coalitions and disrupt the legislative plans of their successors" (2006, p. 292).

______. "O Supremo Tribunal Federal e a judicialização da política". *Revista Brasileira de Ciências Sociais*, v. 12, n. 34, p. 147-156, 1997.

Clark, Tom. "The separation of powers, court curbing, and judicial legitimacy". *American Journal of Political Science*, v. 53, n. 4, p. 971-989, 2009.

______. *The limits of judicial independence*. New York: Cambridge University Press, 2011.

Clínica UERJ Direitos. "Quem somos". In Site da Instituição. Rio de Janeiro: UERJ, 2014. Disponível em: http://uerjdireitos.com.br/.

Collins Jr., Paul. "Interest groups and their influence of judicial policy". In Mcguire, Kevin (ed.). *New directions in judicial politics*. New York: Routledge, 2012. p. 221-237.

Crowe, Justin. *Building the judiciary: law, courts, and the politics of institutional development*. Princeton: Princeton University Press, 2012.

Da Ros, Luciano. "Tribunais como árbitros ou como instrumentos de oposição: uma tipologia a partir dos estudos recentes sobre judicialização da política com a aplicação ao caso brasileiro contemporâneo". *Direito, Estado e Sociedade*, n. 31, p. 86-105, 2007.

______. "Poder de decreto e accountability horizontal: dinâmica institucional dos três poderes e medidas provisórias no Brasil pós-1988". *Revista de Sociologia e Política*, v. 16, p. 143-160, 2008.

______. "O custo da Justiça no Brasil: uma análise comparativa exploratória". *Newsletter. Observatório de elites políticas e sociais do Brasil*, v. 2, n. 9, 2015.

______. "Em que ponto estamos? Agendas de pesquisa sobre o Supremo Tribunal Federal no Brasil e nos Estados Unidos". In Engelmann, Fabiano (ed.). *Sociologia política das instituições judiciais*. Porto Alegre: UFRGS/CEGOV, 2017. p. 57-97.

Diniz, Debora. Palestra proferida na Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 14 abr. 2016. Disponível em: https://www.youtube.com/watch?v=4sS8EXaeuDo.

Dotan, Yoav; Hofnung, Menachem. "Legal defeats-political wins: why do elected representatives go to court?". *Comparative Political Studies*, v. 38, n. 1, p. 75-103, 2005.

Fontainha, Fernando ' Guimarães, Fabrícia. *História Oral do Supremo*, v. 17: Octavio Gallotti. Rio de Janeiro: FGV Direito Rio, 2017.

Gadelha, Igor. "'Quase partido' de Bolsonaro, PEN se junta a outros nanicos com protagonismo". *Istoé*, 15 abr. 2018. Disponível em: https://istoe.com.br/quase-partido-de-bolsonaro-pen-se-junta-a-outros-nanicos-com-protagonismo/.

Guimarães, Lívia. *Audiências públicas no Supremo Tribunal Federal: discurso, prática e lobby* (Dissertação). Universidade de São Paulo, 2017.

Hirschl, Ran. *Towards juristocracy: the origins and consequences of the new constitutionalism*. Cambridge: Harvard University Press, 2004.

Kapiszewski, Diana. "Economic governance on trial: high courts and elected leaders in Argentina and Brazil". *Latin American Politics and Society*, v. 55, n. 4, p. 47-73, 2013.

O Estado de S. Paulo. "Advogado diz que ficou 'perplexo' com argumento do PEN para retirar ação do STF", 14 abr. 2018. Disponível em: https://politica.estadao.com.br/noticias/geral,kakay-diz-que-ficou-perplexo-com-argumento-do-pen-para-retirar-acao-do-stf,70002262369.

PSOL. "Entenda a ação do PSOL pela descriminalização do aborto". Brasília: Partido Socialismo e Liberdade, 2017. Disponível em: https://psol50.org.br/entenda-a-acao-do-psol-pela--descriminalizacao-do-aborto/.

Revista Consultor Jurídico. "Apesar de desistência do PEN, STF não pode deixar de julgar ação, dizem advogados", 10 abr. 2018. Disponível em: https://www.conjur.com.br/2018-abr-10/desistencia-autor-nao-impede-stf-julgar-acao-dizem-advogados.

Rodrigues, Fernando. "Presidente do PEN quer dar sigla para Marina se 'Rede' fracassar". *Blog do Fernando Rodrigues*, 13 set. 2013. Disponível em: https://fernandorodrigues.blogosfera.uol.com.br/2013/09/13/presidente-do-pen-quer-dar-sigla-para-marina-se-rede--fracassar/?cmpid=copiaecola.

Silva, Jeferson Mariano. "Jurisdição constitucional no Brasil (1966-2017)". Harvard Dataverse, 2017.

Taylor, Matthew. "El Partido de los Trabajadores y el uso político del poder judicial". *América Latina Hoy*, n. 37, p. 121-142, 2004.

_______. "Beyond judicial reform: courts as political actors in Latin America". *Latin American Research Review*, v. 41, n. 2, p. 269-280, 2006a.

_______. "Veto and voice in the courts: policy implications of institutional design in the Brazilian judiciary". *Comparative Politics*, v. 38, n. 3, p. 337-355, 2006b.

_______. "Como o judiciário brasileiro interfere nas políticas públicas". *Revista Getúlio*, p. 51-52, 2007a.

_______. "O judiciário e as políticas públicas no Brasil". *DADOS – Revista de Ciências Sociais*, v. 50, n. 2, p. 229-257, 2007b.

_______. "Veto and voice in the courts: policy implications of institutional design in the Brazilian judiciary". *Comparative Politics*, v. 38, n. 3, p. 337-355, 2007c.

_______. *Judging policy: courts and policy reform in democratic Brazil*. Stanford: Stanford University Press, 2008.

_______ e Da Ros, Luciano. "Os partidos dentro e fora do poder: a judicialização como resultado contingente da estratégia política". *DADOS – Revista de Ciências Sociais*, v. 51, n. 4, p. 825-864, 2008.

Teixeira, Matheus. "PEN quer desistir de liminar para tentar barrar prisão em 2ª instância no STF". *JOTA*, 9 abr. 2018. Disponível em: https://www.jota.info/stf/do-supremo/pen-pode--desistir-de-liminar-para-barrar-prisao-em-segunda-instancia-09042018.

Vettorazzo, Lucas e Franco, Lucas. "Bolsonaro condiciona filiação ao PEN a retirada de ação do partido no STF". *Folha de S. Paulo*, 10 ago. 2017. Disponível em: https://www1.folha.uol.com.br/poder/2017/08/1908924-bolsonaro-condiciona-filiacao-ao-pen-a-retirada-de-acao--do-partido-no-stf.shtml.

Vianna, Luiz Werneck. "Interpose your friendly hand: political supports for the exercise of judicial review by the United States Supreme Court". *American Political Science Review*, v. 99, n. 4, p. 583-596, 2005b.

______. "Preserving the dignity and influence of the court: political supports for judicial review in the United States" In Shapiro, Ian et al. (ed.). *Rethinking political institutions: the art of the state*. New York: NYU Press, 2006.

______. *Political foundations of judicial supremacy: the Presidency, the Supreme Court, and constitutional leadership in U.S. history*. Princeton: Princeton University Press, 2007.

______ et al. *A judicialização da política e das relações sociais no Brasil.* Rio de Janeiro: Revan, 1999.

______ et al. "Dezessete anos de judicialização da política". *Tempo social*, v. 19, n. 2, p. 39-85, 2007.

– 7 –
Abordagem Relacional e Política Judicial Informal no estudo do STF

Fabiana Luci de Oliveira

1 Introdução

O tema deste capítulo é o emprego da abordagem relacional e a incorporação da dimensão informal de negociações e relações interpessoais e políticas à análise do processo decisório judicial. Para isso, recorremos à revisão da literatura de referência, procurando indicar os principais desafios metodológicos nessa área de pesquisa, delineando alguns caminhos possíveis a partir do caso brasileiro, valendo-nos de dados pontuais e de resultados de pesquisas concluídas e em andamento sobre o Supremo Tribunal Federal (STF).[1]

A agenda de pesquisa sobre o processo decisório do STF gira em torno de quatro temas principais: (i) formação da agenda decisória; (ii) processo deliberativo; (iii) resultado e alcance das decisões; e (iv) *compliance* (cumprimento e adesão às decisões).

Na formação da agenda decisória, as pesquisas dedicam-se a mapear os interesses em disputa e as vozes que buscam fazer-se ouvir no tribunal. Uma vez que o STF é um poder reativo, dependendo de as partes levarem até ele temas relevantes para serem decididos, é fundamental que o tribunal disponha da confiança das partes. E a formação da agenda depende, também, do escopo de autoridade do tribunal, ou seja, da natureza e do alcance de sua esfera de atuação potencial, "da sua capacidade formal de intervir de modo eficiente e decisivo

---

1 As pesquisas em questão contaram com financiamento da FAPESP.

em uma ampla gama de disputas politicamente significativas em nome de uma ampla gama de atores" (Brinks e Blass, 2017, p. 299).

As pesquisas sobre a agenda decisória do Supremo têm caracterizado o perfil dos litigantes e o perfil das demandas, a imagem pública do tribunal junto à população e à mídia; e a atividade de grupos de pressão e de interesses que buscam influenciar o processo decisório formalmente, seja em audiências públicas, seja atuando como *amicus curiae*.

No tema do processo deliberativo do tribunal, o objetivo é descrever a dinâmica da tomada de decisão e identificar os fatores que ajudam a explicar o posicionamento decisório dos ministros. Um dos aspectos centrais de interesse nessa discussão é a independência decisória, em termos da imparcialidade, da autonomia decisória dos ministros e da insularidade política da instituição.

Nessa área, as pesquisas têm enfocado tanto nos poderes individuais ou monocráticos dos ministros quanto na dinâmica decisória do colegiado, analisando os determinantes das coalizões majoritárias e observando em que medida as nomeações presidenciais e as trajetórias de carreira pregressas dos ministros ajudam a explicar seu posicionamento decisório e a forma com que eles se compõem para votar.

No que se refere ao resultado e ao alcance das decisões, as pesquisas estão voltadas ao mapeamento dos interesses vitoriosos e da agenda de direitos que tem sido assegurada. As pesquisas preocupam-se em responder se as decisões têm sido contramajoritárias; se têm feito avançar ou têm contribuído para restringir direitos constitucionalizados; e ainda aferir se o STF tem agido como legislador positivo. O aspecto central na discussão do produto do processo decisório é verificar *se* e *em que medida* tem havido equilíbrio de interesses e pluralidade nas decisões do Supremo.

Por fim, no tocante ao cumprimento, respeito e à adesão às decisões do tribunal (*compliance*), examina-se o quanto as decisões são acatadas e seguidas, seja pelos demais poderes, seja pelas instâncias inferiores do Poder Judiciário, e mesmo internamente. O caso da possibilidade de execução da pena após condenação em segunda instância é um exemplo da existência de *non-compliance* mesmo internamente[2].

---

[2] Nesse sentido, a decisão do ministro Ricardo Lewandowski, no HC 164.696, contrariando entendimento majoritário do Tribunal. Matéria veiculada no *site* Conjur reporta crítica indireta que o Ministro Barroso teria feito à decisão do colega: "O fato de que alguém deixe de

Para fazer cumprir e respeitar suas decisões, o Supremo precisa dispor de legitimidade. De acordo com Gibson e Caldeira (2011, p. 199), os tribunais são excepcionalmente dependentes de legitimidade pública, pois dispõem de poucos meios institucionais para assegurar o cumprimento das suas decisões – no sentido proposto pelos federalistas n. 78, o Judiciário não tem influência alguma sobre a espada ou a bolsa. E, uma vez que gozem de legitimidade, há a presunção de que suas decisões, mesmo as impopulares, serão aceitas e respeitadas.

Esses temas evidenciam os eixos conceituais de discussão: confiança e autoridade; independência decisória (imparcialidade, insularidade política e autonomia); equilíbrio de interesses e pluralidade; e legitimidade.

A abordagem relacional pode contribuir para o avanço das pesquisas em cada um desses eixos, em especial, no que diz respeito à independência decisória, permitindo explorar mais explicitamente o efeito das redes formais e informais quando se trata de buscar influenciar as decisões judiciais na expectativa de mantê-las de acordo com as preferências das elites políticas governantes, com os interesses de grupos econômicos ou de pressão específicos.

No capítulo que segue, dialogamos com trabalhos conceituais e empíricos sobre o uso da abordagem relacional no estudo de supremas cortes, e apresentamos possibilidades de aplicação dessa abordagem ao caso brasileiro. O texto está organizado em três seções. Na primeira, contextualizamos a discussão sobre as relações entre STF e política, com destaque para o estudo do processo decisório judicial, apresentando algumas das perguntas postas nessa agenda de pesquisa. Na segunda, sumarizamos as contribuições da literatura da abordagem relacional que podem ajudar a pensar o caso brasileiro. E, na terceira seção, que fecha o capítulo, apresentamos dados iniciais da abordagem relacional aplicada ao STF.

2 As relações do STF com a política

No estudo do processo decisório do STF, predominou, até aqui, o diálogo com modelos desenvolvidos para cenários de democracias consolidadas e estabilizadas, como os modelos atitudinal (Segal e Spaeth, 2002), estratégico (Epstein e Knight, 2001) e a busca por identificar os fatores que influenciam a decisão dos ministros no julgamento de uma ação com a proposta de mapear os determinantes do com-

---

seguir a orientação do Supremo está longe de obrigar os outros magistrados do país a errarem por isonomia". Citação extraída da matéria assinada por Pompeu (2019).

portamento judicial e de compreender o processo deliberativo da corte e a dinâmica do colegiado (Oliveira, 2012; Desposato et al., 2015; Silva, 2017; Martins, 2018).

Esses estudos têm considerado pouco as experiências latino-americanas ou o funcionamento de supremas cortes em contextos autoritários. Mas mudanças no cenário político nacional e internacional impuseram a necessidade de um ajuste nas lentes com as quais analisamos as relações do Judiciário com a política e, consequentemente, o processo decisório judicial. Assim, considerar as influências e pressões externas exercidas sobre o Judiciário é um ajuste fundamental para a melhor compreensão das relações do Supremo com a política.

O pano de fundo dessas mudanças está vinculado ao que Diamond (2015) chamou de recessão democrática global, manifesta a partir da diminuição ou da perda de confiança nas instituições da democracia representativa e do Estado Democrático de Direito. Pesquisadores como Levitsky e Ziblatt (2018) reforçam a percepção de erosão democrática, reunindo evidências a partir da eleição de lideranças conservadoras e da ascensão da extrema direita em diversos países.

Quando esses grupos chegam ao poder, acabam por alimentar polarizações na sociedade e se recusam a seguir regras tácitas de convivência democrática, como o autocontrole no uso de prerrogativas institucionais e a tolerância mútua na relação com os adversários políticos, colocando a democracia em risco.

Segundo os autores, essas lideranças valem-se das próprias instituições para subverter a democracia, propondo soluções autoritárias revestidas de legalidade, que acabam por enfraquecer algumas de suas salvaguardas institucionais, como a imprensa e o Judiciário. Entre os expedientes adotados, citam o aparelhamento de tribunais, e outros meios que "podem até mesmo ser retratados como esforços para aperfeiçoar a democracia – tornar o Judiciário mais eficiente, combater a corrupção ou limpar o processo eleitoral" (Levitsky e Ziblatt, 2018, p. 17).

Trazem o exemplo extremo da Venezuela, sob Chávez, que alterou a composição da Suprema Corte. Mas não faltam outros exemplos da tentativa de enfraquecimento dos tribunais na América-Latina, o que reforça a necessidade de observarmos as influências e as pressões formais e informais a que estão submetidas as supremas cortes e seus ministros.

No contexto nacional, a expansão do campo de atuação das instituições da justiça trouxe para o debate tanto a perspectiva das suas relações com os poderes Executivo e Legislativo (Arantes, 1997; Taylor, 2008) quanto da sua capacidade organizacional na reivindicação e garantia de prerrogativas profissionais (Carvalho, 2018).

Embora essa expansão venha em curso desde a promulgação da Constituição de 1988, ela foi amplificada recentemente, quando Poder Judiciário, Ministério Público e Polícia Federal ganharam os holofotes da mídia ante o clamor popular em torno do combate à corrupção e à responsabilização de autoridades políticas em casos de corrupção.

Os processos ligados ao Mensalão e à Lava Jato geraram uma crise política intensa, aumentando os índices de desconfiança institucional (que já eram altos), e as instituições da Justiça não foram poupadas, tendo perdido também credibilidade, como mostram pesquisas de opinião pública (Oliveira e Ramos, 2018). Na imprensa escrita, os principais fatores de crítica costumam ser a sua politização excessiva e a falta de mecanismos de responsabilização ou *accountability* sobre elas (Oliveira, 2017a).[3]

Esses processos desencadearam tensões entre o STF e os demais poderes constituídos. E, como afirma Vieira (2018, p.43), se, ao longo da história republicana brasileira, as classes política e jurídica mantiveram uma relação "predominantemente simbiótica", com troca de favores, "O processo do mensalão e a Operação Lava Jato abriram uma batalha sem precedentes entre o estamento jurídico e o político".

Expandimos a afirmação de Vieira, argumentando que esses casos provocaram, também, fissuras nas relações interinstitucionais (mormente entre Judiciário e Ministério Público[4]) e intrainstitucionais (entre o Supremo Tribunal Federal e instâncias inferiores do Judiciário).[5]

---

[3] Embora existam críticas veiculadas na imprensa, conforme sistematizado no estudo de Oliveira (2017a) sobre o STF, há uma série de estudos que apontam uma dinâmica de preservação da imagem das instituições de justiça na cobertura de julgamentos de casos de corrupção política como a Lava Jato. Entre esses estudos, destacam-se os produzidos a partir do Manchetômetro, coordenado por João Feres Jr., por exemplo, Feres Jr. Et al. (2018), que analisaram as manchetes de três jornais impressos (*Folha*, *Estadão* e *Globo*) e as chamadas do Jornal Nacional, entre 2014 e 2018, e constataram o predomínio de notícias neutras ao se referirem às instituições de justiça, acentuando o caráter técnico de sua atuação.

[4] Por exemplo, como reporta o jornalista da *Folha* Bruno Boghossian (2019): "O procurador Diogo Castor deu o primeiro soco. Escreveu que o Supremo preparava um 'golpe à Lava Jato' e que a operação era vítima de 'ataques covardes engendrados nas sombras'. O ministro Gilmar Mendes contra-atacou. Referiu-se a integrantes do Ministério Público como *gangsters*, cretinos e gentalha. A pancadaria não vai terminar bem".

[5] Por exemplo, o episódio reportado pela jornalista Amanda Pupo (2018), no qual o Juiz Federal Marcelo Bretas enviou ofício ao ministro Gilmar Mendes, em decorrência deste ter "mandado soltar" 19 pessoas presas por ordem de Bretas. "O juiz federal Marcelo Bretas,

Ainda que a atuação do STF em casos de responsabilização de autoridades políticas seja o assunto que mais ocupa o espaço da mídia na cobertura do STF (Oliveira, 2017a), o tribunal tem atuado de forma significativa na agenda de políticas públicas, expressando o fenômeno da judicialização da política (Carvalho, 2004).

Essa atuação tem contribuído para assegurar políticas sociais (Madeira, 2014) e outras políticas de caráter mais progressista, como, por exemplo, na área dos direitos sexuais e reprodutivos das mulheres, na decisão sobre a ampliação das situações de descriminalização do aborto (ADPF 54). No que se refere à agenda de direitos das minorias, o STF reconheceu a constitucionalidade das cotas raciais (ADPF 186), a união homoafetiva (ADPF 132 e ADI 4.277) e o direito de pessoas transgênero alterarem o nome e o sexo no registro civil sem a necessidade de se submeterem à cirurgia (ADI 4.275). Garantiu, ainda, demarcações de reservas indígenas (ACO 362 e 366) e a posse de terras às comunidades quilombolas (ADI 3.239). E, em matéria de direitos fundamentais, costumam ser celebradas decisões sobre liberdade de imprensa (ADPF 130) e liberdade de reunião e expressão do pensamento (ADPF 187).

A maior parte dessas decisões confirmou políticas públicas deliberadas pelos poderes representativos, não tendo sido fruto da criatividade dos ministros do STF. Nesse sentido, pesquisas documentam que o Supremo tem proferido tendencialmente mais decisões majoritárias do que contramajoritárias, apoiando, via de regra, políticas governamentais e desafiando o governo apenas quando seus interesses corporativos estão em jogo ou quando se trata de defender princípios constitucionais claramente estabelecidos e amplamente aceitos.

Portanto, o Supremo tem contrariado pouco os interesses das elites políticas governantes (Oliveira, 2012; Ferreira, 2013; Vieira, 2018) – embora, como ponderam Avritzer e Marona (2014, p. 88), algumas decisões do STF na área da competição político-eleitoral tenham usurpado prerrogativas do Congresso, como na derrubada da cláusula de barreira (ADIs 1.351 e 1.354) e na imposição da fidelidade partidária (ADIs 3.999 e 4.086).

Somada a esses fatores está a circunstância de que a campanha vencedora da corrida eleitoral de 2018 apresentou-se como adversária de uma agenda de direitos e de políticas mais progressistas, confirmadas e asseguradas pelo STF,

---

responsável pela Operação Lava Jato no Rio de Janeiro, enviou um ofício ao ministro Gilmar Mendes, do Supremo Tribunal Federal (STF), em que afirma que a corrupção não pode ser vista como um 'crime menor'".

e o governo que se constituiu em 2019 no país tem delineado propostas de reformas e políticas contrárias ao caráter inclusivo e pluralista da Constituição Federal de 1988.

Diante desse cenário, é razoável que se confie na atuação do Supremo Tribunal Federal para restringir práticas autoritárias, uma vez que ele é a instituição responsável pela manutenção da fé pública nas regras do jogo? Terá o tribunal capacidade para atuar como contraponto forte para fazer prevalecer os princípios fundamentais da Constituição, garantindo a preservação de um núcleo mínimo de direitos fundamentais?

Essas são algumas das questões postas na agenda de pesquisa sobre a relação entre Judiciário e política e suas consequências para a qualidade da nossa democracia hoje. Não temos aqui a ambição de apresentar respostas definitivas a essas questões nem apresentar um argumento fechado. A proposta é tão somente endereçá-las, indiretamente, a partir da abordagem relacional, apontando que esse é um caminho metodológico promissor no sentido de compreender a que tipo de influências e forças uma Suprema Corte pode estar sujeita.

3 Abordagem Relacional e Política Judicial Informal

A agenda de pesquisa sobre comportamento judicial configurou-se nos Estados Unidos nas primeiras décadas do século XX, descrevendo as decisões judiciais como produtos do contexto político no qual elas eram tomadas, sendo influenciadas não apenas por aspectos legais, mas também por preferências, valores (ideologia) e treinamento dos juízes (Maveety, 2003 apud Oliveira, 2017b).

Uma primeira inovação nesses estudos ocorreu na década de 1940, com a virada comportamental (Pritchett, 1948), mudando o foco da discussão da descrição do conteúdo das decisões judiciais para a explicação do processo decisório em si e buscando-se os determinantes do comportamento judicial.

Essa agenda expandiu-se e passou a considerar, além de preferências ideológicas, as preferências estratégicas de outros atores e o ambiente institucional no qual os juízes estão inseridos. Desde então, vem predominando a concepção de que

> as decisões dos juízes são uma função do que eles preferem fazer, moderadas pelo que eles pensam que deveriam fazer, mas constrangidas pelo que percebem que é

> possível fazer. Os indivíduos tomam decisões, mas o fazem no contexto de restrições do grupo, institucionais e ambientais (Gibson, 1983, p. 32).

A inovação agora vem a partir da proposta de Björn Dressel et al. (2017) de uma virada relacional, incorporando ao modelo explicativo do comportamento judicial as relações informais entre juízes e outros atores políticos. O argumento central mobilizado pelos autores é de que o comportamento judicial deve ser visto como uma função de como os juízes relacionam-se entre si e com indivíduos e grupos no contexto sociocultural circundante, em redes de interesses políticos comuns, compartilhando identidades sociais, profissionais, ou mesmo obrigações clientelistas. O foco deixa de ser o juiz individual e passa para os fluxos relacionais. Nas palavras dos autores:

> Claramente, como as dinâmicas relacionais operam dentro, fora e entre tribunais, estão se tornando centrais para a pesquisa sobre as cortes. Operando a partir da suposição de que os juízes estão inseridos em círculos de interação social – da hierarquia judicial, de atores políticos a amigos e familiares – essa perspectiva sugere que o comportamento judicial e a legitimidade dos tribunais são moldados crucialmente pelos fluxos relacionais nas redes sociais e profissionais aos quais os juízes pertencem. Ao fazê-lo, levanta questões sobre quanto do comportamento judicial é uma questão apenas de características individuais; também complementa as abordagens estabelecidas, transferindo explicitamente a atenção dos indivíduos para os laços entre eles (Dressel et al., 2017, p. 418).[6]

Segundo Dressel et al. (2017), aplicar a perspectiva relacional para compreender o comportamento judicial na América Latina é fundamental, dado o reconhecimento geral do peso que relações familiares, laços de fidelidade, compadrio, clientelismo e patronagem teriam na história política da região, e as lacunas que existiriam entre normas e práticas institucionais cotidianas.

---

[6] Tradução livre. No original, em inglês: "Clearly, how relational dynamics operate on, off, and between courts is becoming central to research on courts. Operating from the assumption that judges are embedded in circles of social interaction - from the judicial hierarchy and political actors to friends and family - this perspective suggests that judicial behavior and the legitimacy of the courts are crucially shaped by relational flows in the social and professional webs to which judges belong. In doing so, it raises questions about how much judicial behavior is a matter of individual characteristics alone; it also complements established approaches by explicitly shifting attention from individuals to the ties between them" (Dressel et al., 2017, p. 418).

Entre os autores que destacam a importância das conexões pessoais para a organização das profissões jurídicas na América Latina está Urribarri (2012, p. 572), que afirma a existência de relações informais generalizadas de "quid-pro-quo" entre as elites políticas e jurídicas, relações essas que começam a ser estabelecidas durante o processo de socialização nas faculdades de Direito. Para o autor,

> As conexões pessoais são cruciais para entender como a profissão jurídica é estruturada na América Latina. Como em muitos outros contextos, a partir do momento em que futuros advogados e juízes frequentam a faculdade de direito, eles não apenas compreendem e acumulam conhecimento jurídico, mas também desenvolvem expectativas comuns sobre seus futuros papéis profissionais em diferentes posições no sistema legal e judicial. Isso gera importantes amizades e conhecidos que fornecem as bases de suas relações profissionais no futuro imediato e além. A formação e a renovação de redes da elite jurídica começam nessa fase e evoluem ainda mais ao longo da vida profissional do bacharel em direito (Urribarri, 2012, p. 586).[7]

Esse traço de socialização comum nas faculdades de Direito ocorre também entre a elite jurídica brasileira, conforme observado na tese defendida por Almeida (2010). O autor aponta que os membros dos tribunais superiores do país partilham, além da origem social comum, a formação em faculdades de Direito de elite, entre as quais "as fundadas no Império, as primeiras escolas livres da República e as confessionais católicas" (Almeida, 2010, p. 289). Outro traço que o autor identificou na elite jurídica do país foi a constituição de laços familiares, via "estratégia de reprodução do poder familiar e de manutenção de posições dominantes no campo" (Almeida, 2010, p. 290).

Engelmann (2012) também estudou a trajetória de carreira de ministros dos tribunais superiores no Brasil com o interesse de identificar o espaço que a internacionalização ocupa entre os recursos mobilizados por essa elite como

---

[7] Tradução livre. No original, em inglês: "personal connections are crucial to understand how the legal profession is structured in Latin America. Like in many other contexts, from the moment future lawyers and judges attend Law School, they not only understand and accumulate legal knowledge, but also develop common expectations about their future professional roles in different positions in the legal and judicial system. This generates important friendships and acquaintances that provide the foundations of their professional relations in the immediate future and beyond. The formation and renovation of legal elite networks begins at this stage, and evolves even further throughout the lawyer's professional life" (Urribarri, 2012, p. 586).

estratégia de construção e de manutenção de poder. Observou que, entre a elite jurídica do país, a estratégia de internacionalização é baixa, havendo o predomínio do percurso de ocupação de cargos públicos em diversas esferas estatais. Concluiu, assim, que o capital primordial desses atores é construído pela ocupação de cargos anteriores no próprio Estado.

Além da existência de laços formais e da constituição de redes de relações informais às quais os juízes pertencem, a abordagem relacional preocupa-se, também, com a identificação de mecanismos de influência externa e interferências informais a que a atividade judicial pode estar sujeita – como pressão pública, ameaças, comunicações não oficiais, subornos, negociações etc.

Um exemplo extremo do mecanismo de exercício de influência de forças externas no Judiciário é o fenômeno da "justiça de telefone", expressão que tem origem no termo "*telefonnoye pravo*", aplicada ao sistema jurídico russo para designar um mecanismo de governança informal no qual o chefe do partido ou autoridades do governo dariam diretrizes para orientar a tomada de decisão judicial, indicando aos juízes como determinados casos deveriam ser decididos. Na definição de Ledeneva (2008), a justiça de telefone designa

> a prática de dar um comando, fazer uma solicitação ou sinalização informal para influenciar procedimentos formais ou tomadas de decisão. O termo enfatiza a prevalência de comandos orais sobre instruções escritas; refere-se à cultura da informalidade e autocensura; aponta para as limitações do poder judicial em relação ao poder administrativo; sugere a utilização de instituições jurídicas para fins extrajudiciais; e implica que o trabalho em rede e a mediação continuam sendo instrumentos essenciais de governança (Ledeneva, 2008, p. 326).[8]

Ainda que o fenômeno seja associado aos tempos soviéticos, o argumento de Ladeneva (2008, p. 342) é de que ele ainda pode ser utilizado para compreender o judiciário russo com seu significado, tendo-se alterado

---

[8] Tradução livre. No original, em inglês: "I define telefonnoye pravo broadly as the practice of making an informal command, request, or signal in order to influence formal procedures or decision-making. The term emphasizes the prevalence of oral commands over written instructions; refers to the culture of informality and self-censorship; points to the limitations of the judiciary vis-à-vis administrative power; hints at the use of legal institutions for extra-legal purposes; and implies that networking and mediation remain essential instruments of governance" (Ledeneva, 2008, p. 326).

ao longo do tempo e sendo hoje utilizado para referir-se amplamente à prática de influência informal sobre decisões judiciais. A justiça de telefone estaria atualmente mais associada à prática de corrupção do que ao padrão de governança informal do qual fazia parte nos tempos soviéticos.

O termo justiça de telefone (*telephone justice*) foi utilizado por Shepard (2002) para compreender o exercício de pressões externas a que juízes estariam sujeitos no contexto norte-americano. Segundo Shepard (2002, p. 812), o termo refere-se a qualquer decisão orientada por motivos externos à avaliação que o juiz faz da lei e dos fatos de um caso. Ele enumera pelo menos três circunstâncias em que os juízes norte-americanos enfrentariam pressões externas: no momento de confirmação de juízes federais pelo Senado, quando senadores procurariam obter compromissos de como os indicados votariam em questões específicas; nas eleições para judiciários estaduais em que os juízes devem concorrer pelo cargo; e nas decisões em casos de grande repercussão pública, que são televisionados ou atraem intensa cobertura da imprensa, citando, como exemplo, o comportamento no caso antitruste da Microsoft, julgado em 2001.

Os mecanismos informais da política judicial geralmente operam nos bastidores, e os desafios metodológicos são muitos para identificá-los em ação. Como se pesquisa o segredo? Há diversas vias entre as quais está a metodologia de análise de redes, a partir da identificação de mecanismos relacionais; o uso de entrevistas com *stakeholders* (especialistas e membros de grupos estratégicos de interesse); e a análise sistemática de informações e notícias veiculadas na mídia.

No Brasil, há uma série de estudos que elaboraram biografias, prosopografias e mapearam as trajetórias profissionais de ministros do STF e de tribunais superiores – por exemplo, Oliveira (2012), Fontainha et al. (2018) e os já citados Almeida (2010) e Engelmann (2012). Esses estudos empregaram ou remeteram ao conceito de redes de forma mais descritiva, no sentido proposto por Marques (2007, p. 157), para quem "a discussão sobre mecanismos relacionais confunde-se com a própria análise da política, visto que o poder tem uma natureza intrinsecamente relacional."

Segundo o autor, as redes têm sido compreendidas e utilizadas nas ciências sociais basicamente de três formas: descritiva, normativa e "enquanto ferramentas analíticas para o estudo de situações sociais específicas por meio da análise das conexões sociais nelas presentes" (Marques 2007, p. 157). É esse

último sentido que a virada relacional nos estudos sobre comportamento judicial tem valorizado.

Nessa linha, Dressel et al. (2017, p. 419) estabeleceram um modelo conceitual de análise de redes judiciais a partir da identificação de eixos ao longo dos quais os vínculos informais podem ser descritos: as arenas em que as relações transcorrem, o tipo de laços que são mantidos e o nível de transparência em que essas relações operam.

No que se refere aos locais onde se dão as relações, os autores identificam três principais arenas, sendo: (i) dentro do próprio tribunal (*on bench*); (ii) entre diferentes tribunais (*between bench*); e (ii) externas ao tribunal (*off bench*). As relações podem ser, portanto, profissionais (entre juízes, do mesmo tribunal ou de diferentes tribunais, refletindo ideologias compartilhadas, espírito de corpo ou amizade) ou sociais (com atores externos, como políticos ou familiares), podendo haver sobreposição entre esses dois níveis (por exemplo, juízes que possuem cônjuges ou filhos advogados e magistrados).

Quanto aos tipos de laços, estabelecem um contínuo de interesses que vão de benefícios puramente materiais a motivações ideacionais, incluindo dinâmicas como amizade (universitárias); lealdade (por indicação à corte; no caso de programas internacionais de treinamento e intercâmbio); obrigações sociais baseadas na identidade (regional, religiosa, cultural); subornos; interações próximas com advogados etc. Nos termos dos autores:

> A troca corrupta de dinheiro por decisões ou a negociação de benefícios clientelistas, como nomeações judiciais ou contratos relacionados a operações judiciais, podem estar em uma ponta do continuum, com comunidades ideacionais na outra. Parece justo supor que uma mistura de ideias e benefícios molda a maioria das redes judiciais, por exemplo, quando os benefícios incluem progressão na carreira ou reconhecimento público. As relações políticas também podem ser híbridos de laços ideacionais e benefícios materiais particulares (Dressem et al., 2017, p. 420).[9]

[9] Tradução livre. No original, em inglês: "The corrupt exchange of money for decisions or trading in cliente listic benefits such as judicial appointments or contracts related to court operations might lie at one end of the continuum, with ideational communities at the other. It seems fair to assume that a mix of ideas and benefits shapes most judicial networks, for instance, when benefits include career advancement or public esteem. Political relations can also be hybrids of ideational ties and particular material benefits" (Dressel et al., 2017, p.420).

No que se refere à transparência, as redes variam entre operar de forma aberta ou em sigilo. Dada a liturgia do cargo de juiz, que demanda discrição, as redes tendem a ser mais fechadas. Mas Dressel et al. (2017) argumentam que, pelo fato de ministros de supremas cortes serem membros de um grupo de elite nacional relativamente pequeno, não haveria grande dificuldade em localizar suas afiliações a grupos políticos, conexões com empresas e outros atores, a partir do compartilhamento de trajetórias educacionais e profissionais. Assim, de acordo com os autores, o número de laços e a complexidade das redes podem ser mantidos gerenciáveis.

Outra via metodológica para pesquisar a política judicial informal são as entrevistas com *stakeholders*. No Brasil, o projeto "História Oral do Supremo", capitaneado pelas Escolas de Direito da FGV do Rio de Janeiro e de São Paulo, e pelo CPDOC, que contou com a coordenação de Fernando Fontainha et al. (2015, 2018), traz um conjunto de entrevistas com alguns dos atuais e ex-ministros do STF, consistindo em fonte de dados privilegiada sobre a trajetória de carreira dos ministros, incluindo as estratégias percorridas até sua chegada ao tribunal, sua atuação na corte e, em alguns casos, a trajetória após a saída do Supremo.

Entrevistas com *stakeholders* têm sido utilizadas, também, para identificar mecanismos de interferência informal mobilizados para pressionar os juízes e influenciar as decisões das supremas cortes em diversos países. A pesquisa conduzida por Llanos et al. (2015) é exemplar nessa perspectiva. Os autores entrevistaram profissionais do sistema de justiça (membros atuais e anteriores das supremas cortes nesses países, juízes de outros tribunais, membros dos conselhos de justiça e advogados), membros do governo (legislativo e executivo) e especialistas (acadêmicos e jornalistas) em seis países, sendo três países africanos (Benin, Madagascar, Senegal) e três latino-americanos (Argentina, Chile, Paraguai).[10] O objetivo das entrevistas foi o de mapear o emprego, por parte dos membros do governo, de mecanismos informais extralegais para restringir ou influenciar decisões das supremas cortes nesses países. Foram realizadas 117 entrevistas no total.

[10] Os autores justificam a escolha desses países a partir da classificação do tipo de democracia, com uma percepção próxima, tendo sido classificados pelo menos como "democracias defeituosas" no Índice de Transformação Bertelsmann (BTI – 2008) e "democracias eleitorais" no relatório da Freedom House (FH – 2010). A partir dos *scores* que esses países obtiveram para o desempenho no quesito "independência judicial", eles foram classificados em três pares de casos inter-regionais: alta (Chile, Benin), média (Argentina, Senegal) e baixa (Paraguai, Madagascar) (Llanos e Stroh, 2015, p. 6).

Por mecanismos informais, Llanos et al. (2015) entendem ações e pressões diversas dos poderes eleitos sobre os juízes e a instituição, sem amparo em disposições legais, indicando falhas na aplicação das regras formais (e do *rule of law*) e, portanto, no funcionamento das instituições. Os autores trabalham com a diferenciação entre formas diretas e sutis de interferência, sendo que as primeiras dão-se abertamente, e as sutis transcorrem de forma discreta, não abertas ao público. Essas diferentes formas manifestam-se em mecanismos que variam em níveis de severidade, sendo baixa ou alta.

Os mecanismos diretos incluem medidas de baixa severidade, como ataques retóricos; e medidas de alta severidade, como ameaças de violência e ataques físicos. Já os sutis incluem como mecanismo de baixa severidade a comunicação não oficial entre juízes e detentores de poder; e de alta severidade, obrigações devidas a vínculos sociais e barganhas baseadas em vantagens financeiras e diferentes tipos de recompensas materiais – suborno.

Llanos et al. (2015) perguntaram aos entrevistados se no seu país havia o emprego de cada um desses mecanismos para buscar influenciar as supremas cortes. Como resultado, observaram que, para os países africanos, é mais incidente a percepção de existência de interferência direta dos detentores de poder sobre o Judiciário, enquanto a interferência sutil é mais disseminada, percebida como existente em praticamente todos os países, com exceção do Chile.

No Brasil, não há pesquisas semelhantes voltadas a mensurar a percepção de *stakeholders* acerca da presença e disseminação do uso de mecanismos informais para pressionar decisões do STF, mas a agenda de pesquisas sobre o processo decisório judicial reúne indícios suficientes para apontar a abordagem relacional como caminho metodológico promissor no sentido de refinar a compreensão que temos dos tipos de influência a que está sujeita a instituição e seus ministros.

4 Abordagem relacional aplicada ao STF

Há basicamente duas formas de buscar influenciar (formal ou informalmente) as decisões de uma Suprema Corte: *ex ante* (controlando as nomeações, ou seja, quem tem assento no tribunal) e *ex post* (influenciando as decisões ou forçando a alteração da composição da corte). Esse tipo de interferência tem impacto direto na autonomia dos juízes e do tribunal. Conforme afirmam Brinks e Blass (2017),

> A autonomia formal, então, é a medida em que um tribunal é projetado para ser livre de controle por uma facção ou interesse identificável fora do tribunal, tanto antes dos juízes ocuparem os cargos, pelo processo formal de nomeação (o que chamaremos de 'autonomia *ex ante*'), quanto depois de os juízes assumirem, por meios formais de puni-los ou recompensá-los ('autonomia *ex post*') (Brinks e Blass, 2017, p. 299).[11]

O controle dos tribunais via nomeação de atores judiciais com valores semelhantes é dado pela expectativa de que os nomeados, uma vez no tribunal, possam reproduzir os pontos de vista de seus nomeadores.

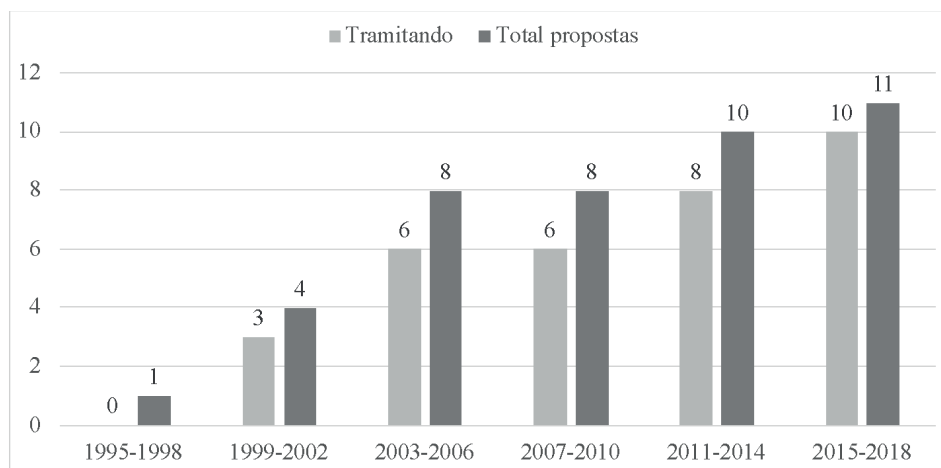
O que as pesquisas sobre o STF têm mostrado é que, de fato, ministros nomeados por um mesmo presidente têm maior probabilidade de decidir no mesmo sentido do que dividir seus votos (Oliveira, 2012; Martins, 2018). O que não significa a reprodução automática de valores dos nomeadores, sobretudo em casos politicamente salientes – o julgamento da Ação Penal 470, que ficou conhecida como o caso do Mensalão, é exemplo pontual mais recorrente para questionar esse tipo de inferência.

Ao mesmo tempo, quanto mais politicamente central o STF foi tornando-se, maior foi ficando o interesse político em seu controle. A busca por controlar formalmente o processo de nomeação pode ser deduzida da quantidade de Propostas de Emenda Constitucional (PEC), versando sobre alterações na forma de nomeação e composição do STF.

Até maio de 2019, haviam sido apresentadas 42 PECs tratando desse tema, das quais 33 ainda estão em tramitação. A proposta mais antiga data de 1995. Das propostas em tramitação, a mais antiga é de 2001. A maior parte das PECs (71%) foi proposta a partir de 2006. Nesse período, tramitou a PEC 457/2005, conhecida como PEC da Bengala, sendo a única aprovada, em 2015, dando origem à Emenda Constitucional n.º 88, que alterou a idade de aposentadoria compulsória dos ministros, passando de 70 para 75 anos – evitando que as vagas abertas em decorrência da aposentadoria de ministros que atingiriam 70 anos de

[11] Tradução livre. No original, em inglês: "Formal autonomy, then, is the extent to which a court is designed to be free from control by an identifiable faction or interest outside the court, both before the judges are seated, through the formal process of appointment (what we will call 'ex ante autonomy'), and after the judges have been seated, by formal means of punishing or rewarding judges ('ex post autonomy')" (Brinks e Blass, 2017, p. 299).

idade entre 2015 e 2018 fossem preenchidas por nomeações feitas pela presidente eleita, Dilma Rousseff (PT).

Gráfico 1 – Quantidade de PECs versando sobre alterações na forma de nomeação e de composição do STF por legislatura da proposta

Fonte: a autora, com base em consulta ao *site* da Câmara dos Deputados.

Essas PECs abordam desde aspectos pontuais, como providências a serem tomadas no caso de vacância de uma cadeira do STF, prevendo a entrada temporária de um ministro do STJ para o tribunal permanecer, com 11 ministros, passando pela diminuição do poder do presidente na indicação, ao estabelecimento de mandatos de 8 ou 10 anos para os ministros, e a instituição de controles e quarentenas após sua saída do Tribunal.

Por outro lado, a tentativa de controle pela via resultados (controle *ex post*) visa a influenciar quais , quando e como questões são decididas. No caso do Brasil, existem evidências pontuais, sobretudo anedóticas e jornalísticas, que alertam que é possível exercer esse tipo de influência, reforçando a necessidade de incorporar a dimensão informal à análise do processo decisório.

Conforme proposta de Dressel et al. (2017), não se trata de descartar os modelos que analisam as influências formais (atitudinal e estratégico), tradicionalmente aplicados em contextos democráticos institucionalizados, mas de complementar esses modelos, adicionando elementos de informalidade, sobretudo quando se analisam democracias incompletas ou imperfeitas – para utilizar a terminologia proposta pelo Índice de Democracia da Revista *The Economist* (2019) –, como é o caso do Brasil.

Há formas severas de moldar o perfil dos *tribunais ex post*, e a história latino-americana é abundante em exemplos recentes – juízes removidos, tribunais que tiveram sua composição e sua competência alteradas ou foram dissolvidos – como nos casos da Bolívia, Honduras e Venezuela.

Embora, no Brasil, desde a Constituição de 1988, não tenha ocorrido remoção (*impeachment*) ou aposentadoria compulsória de ministros, ameaças nesse sentido têm sido relatadas pela mídia, como as ocorridas durante a campanha eleitoral de 2018,[12] como a vinda do filho do candidato vencedor, de que bastariam um soldado e um cabo para fechar o Supremo, caso ele se colocasse como obstáculo à agenda reformista conservadora do futuro governo. Já, no início do governo em 2019, ocorreram tentativas de instituição da CPI da Lava Toga[13] e bravatas sugerindo o fechamento da instituição, que estaria impedindo o presidente eleito de governar.[14]

Esses fatos demonstram como a mídia é uma rica fonte de dados para a investigação do uso de mecanismos sutis de influência, como comunicações informais e ataques retóricos, no sentido proposto por Llanos et al. (2015).

Em estudo anterior (Oliveira, 2017a), identificamos a existência de ataques retóricos por parte do Legislativo e do Executivo ao STF ou a ministros específicos, com força maior no período de 1999 a 2006. Nos anos seguintes, a veiculação de notícias contendo ataques retóricos ao tribunal perde fôlego, pois ganha destaque a cobertura da judicialização anticorrupção, com os casos do Mensalão e da Lava Jato.

Entre 1999 e 2002, os conflitos com o Legislativo foram muito expressivos, com 10% do total de notícias na *Folha de S. Paulo* que tratavam do STF, cobrindo tensões entre esses poderes, devido, sobretudo, à visão de interferência do STF nas diversas CPIs em andamento no Congresso (do Judiciário, dos bancos, do narcotráfico). Os mecanismos observados foram ataques retóricos e até mesmo o descumprimento de decisões liminares do STF.

Exemplo, nesse sentido, foi quando o então presidente do Congresso Nacional, Antonio Carlos Magalhães (PFL-BA), justificou a recusa em obedecer a uma liminar concedida pelo Tribunal, afirmando que “Esse Poder não vai se curvar diante das decisões errôneas como essas que suspenderam os trabalhos da CPI do Narcotráfico” (Godim et al., 1999).

---

[12] Sögur Hous et al., 2018.

[13] Carvalho, 2019.

[14] Monteiro, 2019.

Mais recentemente, em 2016, o Legislativo protagonizou desrespeito à decisão do STF, com a Mesa Diretora do Senado recusando-se a cumprir a decisão liminar do ministro Marco Aurélio de Mello de afastar o então presidente do Senado, Renan Calheiros (PMDB-AL), do comando da Casa.[15]

No período entre 2003 e 2006, primeiro governo Lula, a tensão foi maior com o Executivo (8% do total de notícias) devido à reforma do Judiciário com uma série de ataques retóricos de ministros de Estado, e mesmo do presidente ao STF.

Gráfico 2 – Enquadramento temático notícias (%)

Judicialização anticorrupção	29
Judicialização políticas públicas	27
Última instância PJ	14
Perfil ministros	11
Politização do STF	7
Engajamento político	6
Interesses corporativos	6
Tensão STF x Executivo	4
Tensão STF x Legislativo	4
Reforma PJ	4
Divisões internas	4
Centralidade política STF	2
Defesa imparcialidade STF	1
Tensão STF x profissões jurídicas	1
Ex-ministro STF	1

Base: 6.271 notícias publicadas no jornal *Folha de S. Paulo* entre 1999 e 2014.
Fonte: Oliveira, 2017a.

Embora a referida pesquisa não estivesse voltada diretamente à investigação dos mecanismos informais de influência, ela apresentava indícios significativos de sua existência, demonstrando a riqueza da cobertura midiática como fonte de dados para esse tipo de abordagem. Como afirmam Dressel et al. (2017), pelo fato de ministros de Supremas Cortes serem figuras públicas, e muitas vezes estarem "no centro

[15] Garcia e Ramalho, 2016.

da tempestade da vida política" nesses países, as fontes jornalísticas devem reunir informações importantes sobre suas redes e as pressões às quais eles estão sujeitos.

> O papel crescente dos tribunais no processo político tem estimulado, frequentemente, um maior escrutínio público dos juízes em exercício, até mesmo por jornalistas investigativos, o que pode ser informativo sobre juízes individuais e sobre o funcionamento de instituições judiciais inteiras (Dressel et al., 2017, p. 425).[16].

Notícias sobre o perfil dos ministros e a cobertura sobre ex-ministros trazem uma série de informações sobre suas redes profissionais. Entre essas notícias, destacam-se aquelas que informam sobre filhos ou cônjuges de ministros com exercício profissional em escritórios de advocacia com atuação no STF, apontando para o potencial conflito de interesses, além de noticiarem a ascensão de parentes de ministros em carreiras públicas do Direito.[17]

Os dados cobertos na publicação dos resultados de pesquisa anterior (Oliveira, 2017a) abrangem apenas notícias até o final de 2014, ano de deflagração da operação Lava Jato. Mas dados posteriores mostram que esse assunto ganha um pouco mais de destaque a partir de 2017, com notícias sobre pedidos de suspeição ou impedimento de ministros julgarem casos específicos. Em geral, esses pedidos baseiam-se no fato dos casos contarem com a participação de escritórios de advocacia nos quais haveria parentes próximos desses ministros atuando.[18]

Carvalho (2018) chama a atenção para o fato de redes familiares comprometerem a imparcialidade judicial quando ministros não se abstêm de atuar em casos em que membros dessas redes sejam parte, afirmando o potencial destrutivo de algumas práticas para a imparcialidade judicial. Entre tais práticas, enumera

> a contratação de lobistas ou parentes de ministros para a prática de determinados atos processuais, objetivando o desequilíbrio no julgamento, sem fundamento téc-

[16] No original, em inglês: "... there might be abundant information available from such credible journalistic sources as major newspapers, specialized blogs, legal commentary outlets, and reporters who regularly cover the courts. [...] The growing role of courts in the political process has often stimulated greater public scrutiny of sitting judges, even by investigative journalists, which can be informative about both individual judges and the workings of entire judicial institutions" (Dressel et al., 2017, p. 425).

[17] Michael, 2000; Haubert, 2014.

[18] Peron, 2017.

> nico ou contra ele. Mas também a realização de audiências particulares não agendadas nos gabinetes, entre julgadores e uma das partes sem a participação da parte adversa. Ainda, o patrocínio de congressos, viagens, confraternizações e outros eventos de que participam magistrados, por escritórios de advocacia ou empresas litigantes (Carvalho, 2018, p. 94).

Com base nas notícias levantadas em pesquisa anterior (Oliveira, 2017a) e na consulta aos currículos disponíveis no próprio site do STF, reunimos informações sobre filhos e cônjuges de ministros que atuam em carreiras jurídicas, assim como suas ligações com sociedades e escritórios de advocacia.[19]

Dos 34 ministros que ocuparam o cargo de ministro do STF entre 1988 e 2018, 31 tiveram filhos, sendo que 25 ministros têm pelo menos algum dos filhos atuando em carreiras jurídicas. Dos 88 filhos e filhas desses ministros, 57 (65%) são profissionais do direito. A maioria (70%) exerce a advocacia; 25% são magistrados e 5% seguem carreira no Ministério Público.

Entre os ministros que foram ou são casados, 13 têm cônjuge com atuação em carreiras jurídicas. Da composição atual, 7 dos 11 ministros têm cônjuges em carreiras jurídicas, e 5 têm filhos atuando na área.

Os dados mostram, também, que 15 dos 21 ministros que se aposentaram no período têm escritório de advocacia com seu nome, no qual filhos também atuam. No total, 24 ministros têm ligação com algum escritório de advocacia, seja pessoalmente, depois da aposentadoria, seja por meio de filhos seja de cônjuge.

Esses dados revelam a concentração e a transmissão do capital jurídico acumulado pelos ministros aos seus filhos. O capital jurídico converte-se, portanto, em capital familiar. O caminho futuro da pesquisa é investigar *se* e *como* essas redes conectam-se nos casos decididos pelo tribunal e o tipo de repercussão que essas conexões geram.

O conhecimento dos mecanismos informais de influência a que estão sujeitos o STF e seus ministros aperfeiçoará os modelos explicativos de que dispomos hoje para compreender o funcionamento do processo decisório judicial.

---

[19] Parte dessas informações, referentes aos ministros que se aposentaram no STF no período de 1988 a 2016, integram a pesquisa de mestrado de Sarah Pereira da Silva, *Pendurando a Toga? Uma análise da trajetória dos ministros aposentados do Supremo Tribunal Federal entre 1988 e 2016*, sob minha orientação no PPGS.

Quadro 1 – Filhos e cônjuges de ministros e ex-ministros do STF que atuam em carreiras jurídicas

Ministro	Filhos					Cônjuge em carreira jurídica	Escritório/ Sociedade Advocacia (Filhos/cônjuge)	Data em que deixou o STF
	Total	Formados Direito	Advocacia (privada ou pública)	Magistratura	MP			
Oscar Dias Corrêa	2	1	Oscar Dia Corrêa Júnior			Não	Oscar Dias Corrêa – Advogados Associados	01/03/1989
Luiz Rafael Mayer	1	0				Não	–	14/03/1989
Carlos Alberto Madeira	0	0				Não	–	17/03/1990
Aldir Guimarães Passarinho	1	1		Aldir Guimarães Passarinho Junior		Não	Passarinho Y Amoedo Advocacia e Consultoria Empresarial	22/04/1991
Célio de Oliveira Borja	5	1	Maria Tereza Carvalho de Oliveira Borja			Não	Célio Borja Advogados Associados	31/05/1992
Paulo Brossard de Souza Pinto	3	1	Magda Brossard Iolovich			Não	Brossard, Iolovitch Advogados	24/10/1994
José Francisco Rezek	5	4	João Paulo Rezek; Francisco José de Castro Rezek; Adriana Lúcia Cristina de Castro Rezek	Verônica Suzana Maria de Castro Rezek		Ana Flávia Velloso (advogada)	Francisco Rezek Sociedade de Advogados	06/02/1997

Luiz Octavio Pires e Albuquerque Gallotti	2	1		Maria Isabel Diniz Gallotti Rodrigues		Não	–	27/10/2000
José Néri da Silveira	7	6	Felipe Néri Dresch da Silveira; Paulo de Tarso Dresch da Silveira	Maria Teresa da Silveira; Maria Cecília da Silveira; Paulo de Tarso da Silveira	Domingos Sávio Dresch da Silveira	Não	Dresch da Silveira – Advogados Associados e Silveira Martins e Hübner-SMH Advogados	24/04/2002
José Carlos Moreira Alves	2	2	Sonia Regina Maul Moreira Alves Mury (AGU)	Carlos Eduardo Maul Moreira Alves		Evany de Albuquerque Maul Alves (advogada).	–	19/04/2003
Sydney Sanches	4	4	Renata Rodrigues Sanches Falco; Márcia Rodrigues Sanches; Cristina Maura Rodrigues Sanches Marçal Ferreira		Luciana Rodrigues Sanches Endo	Não	Sydney Sanches e Advogados Associados	26/04/2003
Ilmar Nascimento Galvão	5	5	Jorge Octávio Lavocat Galvão; Clarissa Galvão; Marcelo Galvão; Ludmila Lavocat Galvão Vieira de Carvalho	Candice Lavocat Galvão Jobim		Terezinha Silvia Lavocat Galvão (Promotora de Justiça MPAC).	Ilmar Galvão Advogados Associados	02/05/2003
Maurício José Corrêa	3	2	Cláudia Corrêa Cahú; Cléa Corrêa			Não	Maurício Corrêa Advogados	09/05/2004

Carlos Mário da Silva Velloso	4	4	Rita de Cássia Velloso Rocha; Carlos Mário da Silva Velloso Filho; Rosa Maria Penna Velloso; Ana Flávia Penna Velloso Rezek			Não	Advocacia Velloso	19/01/2006
Nelson Azevedo Jobim	1	1	Alexandre Jobim			Adrienne Nelson de Senna Jobim (advogada e Procuradora da Fazenda Nacional).	Alexandre K Jobim Advogados	29/03/2006
José Paulo Sepúlveda Pertence	3	3	Eduardo José Castello Branco Pertence; Evandro Luiz Pertence; Pedro Paulo Pertence			Não	Sociedade de Advogados Sepúlveda Pertence	17/08/2007
Eros Roberto Grau	2	2	Werner Grau Neto; Karin Grau-Kuntz			Não	Escritório de advocacia Eros Roberto Grau	30/07/2010
Carlos Alberto Menezes Direito	3	3	Carlos Alberto Menezes Direito Filho	Carlos Gustavo Vianna Direito	Luciana Menezes Direito	Não	Saboya, Direito, Muanis – Advogados	01/10/2010
Ellen Gracie Northfleet	1	1	Clara Northfleet Palmeiro da Fontoura Aspis			Não	Aspis e Palmeiro da Fontoura Advogados Associados	05/08/2011

Antônio Cezar Peluso	4	2		Glaís de Toledo Piza Peluso; Vinicius de Toledo Piza Peluso	Lucia de Toledo Piza Peluso (advogada).	Antonio Cezar Peluso – Advocacia, Consultoria & Pareceres Jurídicos	30/08/2012
Carlos A. Ayres de Freitas Britto	5	3	Nara Pinheiro Reis Ayres de Britto; Adriele Pinheiro Reis Ayres de Britto	Marcel de Castro Britto	Não	Ayres Britto Consultoria Jurídica e Advocacia	14/11/2012
Joaquim Benedito Barbosa	1	0			Não	–	30/07/2014
Teori A Zavascki	3	2	Liliana Maria Prehn Zavascki; Francisco Prehn Zavascki		Maria Helena Marques de Castro Zavascki (era juíza federal no TRF4)	Prehn Zavascki Advogados	19/01/2017
José Celso de Mello Filho	2	0			Não	–	*
Marco Aurélio Mendes de Farias Mello	4	3	Renata de Santis Mello; Eduardo Affonso De Santis Mendes de Farias Mello	Letícia de Santis Mello	Sandra De Santis Mendes de Farias Mello (desembargadora TJDFT)	–	*
Gilmar Ferreira Mendes	1	1	Francisco Schertel Ferreira Mendes		Samantha Ribeiro Meyer (ex-esposa, advogada). Guiomar Mendes (esposa, advogada)	Sergio Bermudes	*

Ricardo Lewan-dowski	3	1	Enrique de Abreu Lewandowski			Yara de Abreu Lewandowski (advogada).	Tauil & Chequer Advogados	*
Cármen Lúcia Antu-nes Rocha	0	0				Não	–	*
José Antonio Dias Toffoli	0	0				Roberta Maria Rangel (advogada)	Rangel Advocacia	*
Luiz Fux	2	2	Rodrigo Fux	Marianna Fux		Não	Fux Advogados	*
Rosa Maria Pires Weber	2	0				Telmo Candiota da Rosa Filho (advogado).	–	*
Luís Roberto Barroso	2	0				Não	–	*
Luiz Edson Fachin	2	1	Melina Girardi Fachin			Rosana Amara Girardi Fachin (desembargadora TJPR)	Fachin Advogados Associados	*
Alexandre de Moraes	3	0				Viviane Barci de Moraes (advogada)	Barci de Moraes Sociedade de Advogados	*

Além disso, mapear os mecanismos de influência e forças externas sobre o tribunal é fundamental na conjuntura atual, em que diversas movimentações têm sido feitas na tentativa de alterar o equilíbrio de forças no STF. Uma delas visa à derrubada da Emenda Constitucional 88/2015, reduzindo novamente a idade de aposentadoria compulsória dos ministros para os 70 anos de idade.[20]

Outra se dá pela tentativa de abertura de uma CPI dos tribunais superiores, que vem sendo chamada de "CPI da Lava Toga", que poderia ensejar a abertura de processo de *impeachment* de algum ministro.[21] Mais recentemente, observou-se o incitamento dos ânimos públicos contra o Supremo Tribunal Federal enquanto instituição, acusando-o de ser um dos responsáveis pela situação de ingovernabilidade do país (Almeida, 2019).

Essas ações e movimentações reforçam a necessidade de incorporarmos a dimensão informal à análise do comportamento judicial, seja para orientar propostas de reforma e *accountability* do STF e do Judiciário como um todo, seja para a prevenção de ataques à independência judicial. Muitas críticas podem ser feitas à atuação do STF, mas a existência do tribunal e a preservação de sua independência são garantias da democracia e de um espaço fundamental para a contestação da agenda conservadora e autoritária delineada no atual governo.

Referências

Arantes, Rogério Bastos. *Judiciário e política no Brasil*. São Paulo: Idesp/Sumaré, 1997.

Almeida, Eloísa Machado. "STF tem nas mãos poder de revisar e frustrar agenda de Bolsonaro". *Folha de S. Paulo*, 30 mai. 2019. Acesso em: 30 mai. 2019.

Almeida, Frederico Normanha Ribeiro de. *A nobreza togada: as elites jurídicas e a política da Justiça no Brasil* (Tese). Universidade de São Paulo, São Paulo, 2010.

Avritzer, Leonardo e Marona, Marjorie Corrêa. "Judicialização da política no Brasil: ver além do constitucionalismo liberal para ver melhor". *Rev. Bras. Ciênc. Polít.* [online]. 2014, n. 15, p. 69-94. DOI http://dx.doi.org/10.1590/0103-335220141504.

Boghossian, Bruno. "Supremo traça linha no chão em conflito com a Lava Jato". *Folha de S. Paulo*, 15 mar. 2019.

Brinks, Daniel M. e Blass, Abby. "Rethinking judicial empowerment: the new foundations of constitutional justice". *International Journal of Constitutional Law*, v. 15, n. 2, p. 271-290, 2017. DOI https://doi.org/10.1093/icon/mox048.

---

[20] Di Cunto e Ribeiro, 2019.

[21] Truffi e Moura, 2019.

Carvalho, Alexandre Douglas Zaidan de. "Imparcialidade Judicial à Brasileira?". *Revista Jurídica da UFERSA*, v. 2 n. 3, p. 87-98, 2018.

Carvalho, Ernani Rodrigues de. "Em busca da judicialização da política no Brasil: apontamentos para uma nova abordagem". *Rev. Sociol. Polit*. [online]. n. 23, p. 127-139, 2004. DOI http://dx.doi.org/10.1590/S0104-44782004000200011.

Carvalho, Daniel. "Senador protocola CPI para investigar ministros do Supremo". *Folha de S. Paulo*, 19 mar. 2019.

Diamond, Larry. "Facing Up to the Democratic Recession". *Journal of Democracy*, n., p. 141-55, 2015.

Desposato, Scott W et al. "Power, Composition, and Decision Making: The Behavioral Consequences of Institutional Reform on Brazil's Supremo Tribunal Federal". *Journal of Law, Economics, and Organization* 31, 2015. DOI: 10.1093/jleo/ewu018.

Di Cunto, Raphael e Ribeiro, Marcelo. "Reforma facilita revogar PEC da bengala". *Valor Econômico*, 22 fev. 2019.

Dressel, Björn et al. "The Informal Dimension of Judicial Politics: A Relational Perspective". *Annual Review of Law and Social Science*, v. 13, p. 413-430, 2017. DOI https://doi.org/10.1146/annurev-lawsocsci-110316-113750.

Engelmann, Fabiano. "Globalização e Poder de Estado: Circulação Internacional de Elites e Hierarquias do Campo Jurídico Brasileiro". *Dados*, v. 55, n. 2, p.487-516, 2012. DOI http://dx.doi.org/10.1590/S0011-52582012000200007.

Epstein, Lee e Knight, Jack. *The choices justices make*. Washington: CQ Press, 1998.

Feres Jr., João et al. "A Lava Jato e a Mídia". In Kerche, Fábio e Feres Jr., João. *Operação Lava Jato e a Democracia Brasileira*. São Paulo: Contracorrente, 2018.

Ferreira, Pedro Fernando de Almeida Nery. *Como decidem os ministros do STF: pontos ideais e dimensões de preferências* (Dissertação). Universidade de Brasília, Brasília, 2013.

Fontainha, Fernando de Castro et al. "Os três poderes da elite jurídica: a trajetória político--partidária dos ministros do STF (1988-2013)". *Revista de Ciências Sociais*, Fortaleza, v. 49, n. 2, p. 93-131, 2018.

_______ et al. *História Oral do Supremo* [1988-2013] – Rafael Mayer. Rio de Janeiro: Escola de Direito do Rio de Janeiro da Fundação Getúlio Vargas, 2015.

Garcia, Gustavo e Ramalho, Renan. "Senado decide descumprir liminar para afastar Renan e aguardar plenário do STF". *G1*, 06 dez. 2016.

Gibson, James L. "From simplicity to complexity: the development of theory in the study of judicial behaviour". *Political Behavior*, v. 5, n. 1, p. 7-49, 1983.

_______ e Caldeira, Gregory A. "Has Legal Realism Damaged the Legitimacy of the U.S. Supreme Court?". *Law & Society Review*, v. 45, n. 1, p. 195-219, 2011.

Haubert, Mariana "Filha de ministro do STF é nomeada ao TRF após derrotar nomes experientes". *Folha de S. Paulo*, 19 mar. 2014.

Llanos, Mariana et al. "Informal interference in the judiciary in new democracies: a comparison of six African and Latin American cases". *Democratization*, v. 23, n. 7, p. 1.236-1.253, 2016.

Ledeneva, Alena. “Telephone Justice in Russia”. *Post-Soviet Affairs*, v. 24, n. 4, p. 324-350, 2008. DOI: http://dx.doi.org/10.2747/1060-586X.24.4.324.

Levitsky, Steven e Ziblatt, Daniel. *Como as Democracias Morrem*. Rio de Janeiro: Zahar, 2018.

Madeira, Lígia Mori. “STF como ator político no Brasil: o papel do tribunal no julgamento de ações de políticas sociais entre 2003 e 2013”. *Revista Debates*, v. 8, n. 3, p. 57-95, 2014.

Marques, Eduardo. “Os Mecanismos Relacionais”. *Revista Brasileira de Ciências Sociais*, v. 22, n. 64, p. 157-161, 2007.

Martins, Rodrigo. *Pontos de divergência: Supremo Tribunal Federal e comportamento judicial* (Tese). USP, São Paulo, 2018.

Maveety, Nancy (ed.). *The Pioneers of Judicial Behavior*. Ann Arbor: The University of Michigan Press, 2003.

Michael, Andréa. “Filhos de ministros de STJ e STF têm escritório juntos”. *Folha de S. Paulo*, 12 nov. 2000.

Monteiro, Tania. “Bolsonaro divulga texto que cita País ‘ingovernável’”. *Estado de S. Paulo*, 17 mai. 2019.

Oliveira, Fabiana Luci de. “Processo decisório no Supremo Tribunal Federal: coalizões e ‘panelinhas’”. *Revista de Sociologia e Política* (UFPR), v. 20, p. 139-153, 2012. DOI http://dx.doi.org/10.1590/S0104-44782012000400011.

______. *STF: do autoritarismo à democracia*. Rio de Janeiro: Campus-Elsevier, 2012.

______. “Judiciário e política no Brasil contemporâneo: um retrato do Supremo Tribunal Federal a partir da cobertura do jornal *Folha de S. Paulo*”. *Dados* [online], v. 60, n. 4, p. 937-975, 2017a. DOI http://dx.doi.org/10.1590/001152582017139.

______. “Quando a corte se divide: coalizões majoritárias mínimas no Supremo Tribunal Federal”. *Rev. Direito Práx*. [online]. v. 8, n. 3, p. 1.863-1.908, 2017b. DOIhttp://dx.doi.org/10.1590/2179-8966/2017/23724.

______ e Ramos, Luciana Oliveira. “Conhecer o Supremo é confiar nele?”. *Jota Opinião & Análise*, 05 set. 2016. Disponível em: http://jota.info/artigos/conhecer-o-stf-e-confiar-nele-05092016.Acesso em: 29 mai. 2019.

Peron, Isadora. “Alexandre de Moraes minimiza atuação de parentes de ministros na advocacia”. *O Estado de S. Paulo*, 17 mai. 2017.

Pompeu, Ana. “Lewandowski reverte decisão do TSE e suspende prisões em segundo grau”. *Conjur*, 19 abr. 2019. Disponível em: https://www.conjur.com.br/2019-abr-19/lewandowski-contraria-tse-suspende-prisao-segundo-grau. Acesso em: 27 mai. 2019.

Pritchett, Herman. *The Roosevelt Court: A Study in Judicial Politics and Values, 1937-1947*. New Orleans: Quid Pro, LLC, 1948.

Pupo, Amanda. “Bretas diz a Gilmar Mendes que corrupção não pode ser vista como ‘crime menor’”. *O Estado de S. Paulo*, 04 jun. 2018.

Segal, Jeffrey e Spaeth, Harold. *The Supreme Court and the attitudinal model revisited*. Cambridge: Cambridge University Press, 2002.

Shepard, Randall T. “Telephone Justice, Pandering, and Judges Who Speak Out of School”. *Fordham Urban Law Journal*, v. 29, n. 3, p. 811-825, 2002.

Silva, Jeferson Mariano. “Mapeando o Supremo: as posições dos ministros do STF na jurisdição constitucional (2012-2017)”. *Novos Estud. CEBRAP* [online]. v. 37, n. 1, p.35-54, 2017. DOI http://dx.doi.org/10.25091/s01013300201800010001.

Sögur Hous, Débora et al. “Bastam um soldado e um cabo para fechar STF, disse filho de Bolsonaro em vídeo”. *Folha de S. Paulo*. 21.out.2018.

Taylor, Matthew. *Judging Policy – Courts and Policy Reform in Democratic Brazil*. Stanford: Stanford University Press, 2008.

The Economist Group. “Democracy Index 2019”. *The Economist*, Londres, 22 out. 2018. Disponível em: https://www.eiu.com/topic/democracy-index. Acesso em: 20 maio 2019.

Truffi, Renan e Moura, Rafael Moraes. “Presidente do Senado confirma arquivamento de CPI da ‘Lava Toga’”. *O Estado de S. Paulo*, 11 fev. 2019.

Urribarri, Raul A. “Sanchez. Politicization of the Latin American judiciary via Informal Connections”. In Linnan, David K. (ed.). *Legitimacy, Legal Development and Change*. Surrey, UK: Ashgate, 2012. p. 307-322.

Vieira, Oscar Vilhena. *A batalha dos poderes: da transição democrática ao mal-estar constitucional*. São Paulo: Companhia das Letras, 2018.

– 8 –
Os desafios dos Direitos Humanos em tempos distorcidos: milícia, militares e Justiça Militar no Brasil[1]

Andrés del Río
André Rodrigues

1 Aproximação

A partir de 2018, a democracia e a disputa de sua memória viva ficaram nas cordas. Uma construção de sentidos que nunca terminou de decolar na democracia brasileira desde 1988. Quatro eventos que colocam os sentidos da democracia e sua memória no precipício. O primeiro evento, a prisão arbitrária do ex-presidente Luiz Inácio Lula da Silva (com ele, a democracia ficou no cárcere). O segundo, o assassinato da lutadora pela democracia e seus valores, Marielle Franco. O terceiro, a chacina de Salgueiro, reiterando a atuação dos militares no cenário desastroso das políticas de segurança pública do Rio de Janeiro com a intervenção federal. No quarto, os 80 disparos contra o músico Evaldo, explicitando a doutrina da segurança interna no governo Bolsonaro.

Procuramos, neste capítulo, estabelecer uma análise que correlacione esses fatos para a composição de um quadro dos aspectos de base da corrosão da democracia em curso. Num primeiro momento, refletiremos a partir de dois conceitos, ditadura e democracia, sobre o tempo presente e os sentidos da memó-

---

[1] Esse artigo reúne, compila e aprofunda uma série de textos publicados pelos autores entre 2018 e 2019. O objetivo foi, a partir de diversos textos escritos no calor dos acontecimentos, estabelecer um panorama analítico do tempo presente e da política no Brasil atual. Texto base da apresentação realizada por del Río na mesa "Justiça transicional e direitos humanos na América Latina" do Seminário Internacional GIJAL/ALACIP-UFRGS, novembro 2018.

ria democrática num Brasil à beira do autoritarismo. Num segundo momento, analisaremos a construção de uma arquitetura jurídica, com um caso específico de intervenção federal, e a chegada da visão miliciana da política no poder. Um quadro complexo e perigoso que desafia a democracia, os direitos humanos e as instituições em geral do Brasil.

A possibilidade de instalar-se uma ditadura (ou autoritarismo) numa determinada sociedade deriva, em certa medida, da memória que essa comunidade tem sobre os eventos passados. Os sentidos do passado e sua memória tornam-se objeto de lutas políticas e sociais. A memória não é o passado senão a maneira como os sujeitos constroem um sentido do passado, que se atualiza em seu enlace com o presente e também com um futuro desejado no ato de rememorar, esquecer e silenciar (Del Río, 2017). O passado já passou, é determinado, não pode mudar-se. O que muda é o sentido desse passado, sujeito a reinterpretações ancoradas na intencionalidade e nas expectativas sobre o futuro.

Apesar dos enormes esforços dos familiares, das vítimas, das organizações e dos movimentos de direitos humanos, a memória sobre o passado recente ainda está em plena disputa. As últimas eleições no Brasil mostraram que a memória sobre a ditadura ainda falta ser ressignificada, reconstruída, com valores democráticos e plurais.

No contexto atual, de radicalização do conservadorismo, pareceria que as fronteiras entre democracia e ditadura (ou autoritarismo) foram desfazendo-se numa velocidade que nos tomou de surpresa. Mas longe está de ser surpresa. A memória da ditadura é um campo em disputa, e, da mesma forma, a democracia. E novos processos históricos, novas conjunturas e cenários sociais e políticos não podem deixar de produzir modificações nos marcos interpretativos para a compreensão da experiência passada e para construir expectativas.

Nesse sentido, o percurso de 2018 mostra-nos o quanto o novo contexto pode incidir e ressignificar ou aprofundar certo tipo de memória coletiva. Por um lado, as manifestações pró-ditadura indicam a ausência de imaginação democrática. Por outro, fazem soar os alarmes de estarmos a passos agigantados, atravessando a fronteira da democracia e ingressando num regime que, na América Latina, já conhecemos e rejeitamos.

De acordo com essa distorção da realidade provocada pela emergência da onda conservadora, o conceito de ditadura no Brasil pareceria ter significados bons e supostamente necessários como disciplina e ordem. Já a noção de democracia seria um sistema que só traz problemas, aumentando a discórdia e a divisão social.

A crise das democracias contemporâneas evoca um tópico tradicional na história política do ocidente: a descrição do povo no poder como algo negativo. Assim, a partir destes dois conceitos, entenderemos o pulso da memória presente. E quando pensamos o contexto presente, falamos das possibilidades que temos de repensar a memória do passado. Como um conto de Jorge Luís Borges, a memória tem todos os tempos, os que existiram, os que existirão e o que estamos vivendo. O encontro dos tempos. No Brasil, esse encontro, na verdade, trata-se de um desencontro construído.

2 Luiz Inácio Lula da Silva: a democracia na prisão

Numa democracia, as eleições são necessárias, mas não suficientes. Num processo de exceção desde o golpe de 2016, foi-se reconfigurando a relação Estado-Sociedade e os sentidos da democracia. Nesse processo, a produção industrial de anomalias para encarcerar o ex-presidente Luiz Inácio Lula da Silva desafiou a inteligência, mesmo dos mais céticos. Uma escolha seletiva e não estendida a outros candidatos na mesma situação; um sinal da arbitrariedade institucional.

Mesmo assim, o governo fez de conta que as instituições funcionavam normalmente. Foram constantemente alterando as regras do jogo segundo a resistência que os setores progressistas conseguiram estabelecer. A única regra do jogo que se manteve nesse processo foi a utilização do aparelho do Estado para obter um resultado aceitável para uma elite pequena e precária. E, nessa trajetória, os três poderes do Estado foram coniventes e participantes ativos. Talvez o judiciário tenha seus méritos para levar o destaque, materializado no Supremo Tribunal Federal e na nomeação de Sergio Moro como super-Ministro de Justiça e Segurança Pública.

As eleições de 2018 foram anômalas por vários motivos: pelas excepcionalidades, pelas mudanças de regras, pela ausência de debate, pelas tentativas institucionais do tribunal eleitoral para evitar que o candidato Haddad falasse que era o candidato escolhido por Lula, pelas declarações militares de tutela e pelos símbolos que foram trazidos à sociedade. Nas eleições, a preocupação com a estética democrática foi a única que ficou em pé. Mas seu conteúdo tinha evaporado fazia tempo. Talvez, Rodrigo Maia tenha sido mais direto sobre o tipo de não democracia existente: "*Não há espaço orçamentário para atender a sociedade*" (*Estadão Conteúdo*, 2018). Óbvio, numa democracia, a sociedade não está no primeiro lugar de atenção.

Uma característica presente nesse processo de reconfigurar os sentidos da memória da democracia foi a participação ativa do âmbito militar no cenário político, violentando os sentidos da Constituição. Não foram poucos os militares na ativa (ou reserva) que deram declarações sobre as eleições. Mas a particularidade foi que se posicionaram como garantidores do processo eleitoral, mesmo ameaçando a democracia.

O general Eduardo Villas Bôas, comandante do Exército, deixou claro que os militares não aceitavam a candidatura Lula:

> O pior cenário é termos alguém *sub judice*, afrontando tanto a Constituição quanto a Lei da Ficha Limpa, tirando a legitimidade, dificultando a estabilidade e a governabilidade do futuro governo e dividindo ainda mais a sociedade brasileira. A Lei da Ficha Limpa se aplica a todos (*Veja*, 2018).

Em setembro desse ano, o general Hamilton Mourão, já candidato a vice-presidente de Bolsonaro, declarou em entrevista que, na hipótese de anarquia, pode haver '*autogolpe*' do presidente com apoio das Forças Armadas (*G1*, 2018). Com o resultado das eleições conhecidos por todos, o ministro-chefe do Gabinete de Segurança Institucional (GSI), general Sérgio Etchegoyen, indicou que os militares receberam com alívio a eleição de Bolsonaro (Monteiro, 2018).

Claro, o norte já tinha sido estabelecido anteriormente; portanto, o resultado não foi uma surpresa. É só lembrar o início de abril de 2018, quando o general de exército da reserva Luiz Gonzaga Schroeder Lessa afirmou em entrevista que, se o Supremo Tribunal Federal deixasse o ex-presidente Luiz Inácio Lula da Silva solto, e permitisse que Lula se candidatasse e se elegesse presidente, não restaria alternativa além da intervenção militar: "Se acontecer tanta rasteira e mudança da lei, aí eu não tenho dúvida de que só restará o recurso à reação armada. Aí é dever da Força Armada restaurar a ordem. Mas não creio que chegaremos lá" (Godoy, 2018).

Assim, a democracia perdia o voto como elemento decisivo para alcançar o poder e agora precisava fundamentalmente ser coincidente com os desejos de um setor da sociedade. Enfim, 2018 foi um longo atentado contra a democracia e sua memória viva, sintetizada no processo eleitoral estético e anômalo.

3 Marielle Franco: as milícias e o assassinato dos valores democráticos

O assassinato da Marielle Franco, sem dúvidas, foi o mais lamentável evento do ano de 2018. Ela simbolizava o que melhor tem a democracia. Seu assassinato, no tempo presente, coloca-nos ante o debate sobre quais são os sentidos da democracia. O que é aceitável? Em menos de 24hs do assassinato, já existiam nas redes sociais e nos aplicativos de mensagens histórias fraudadas sobre Marielle e sua memória. O segundo passo do assassinato: primeiro tiramos o corpo, depois seus símbolos. Nesse processo, apesar da justiça ter agido cancelando diferentes sites e vídeos, a sociedade disputava sua memória viva (Nitahara, 2018).

A partir do movimento das mulheres, o mais importante existente atualmente, num mar de força e afeto, foi construindo-se uma memória com valores democráticos sobre a Marielle. Sobre o Brasil, porque o tipo de memória a gente constrói, fala da memória e de nós simultaneamente. Esse movimento coletivo, popular, nacional, foi um sopro de democracia num país que está órfão dela.

Em pleno processo de exaltação e adoração aos símbolos da ditadura, numa demonstração de força, de inoperância e de conivência – nunca foi fiscalizada (DW Brasil, 2018) –, a intervenção federal no Rio de Janeiro exibia os resultados de seu acionamento: aumento de violência, morte e impunidade (Ramos, 2019), a impossibilidade de solucionar a morte da vereadora e dos demais corpos frios que as armas silenciaram. Nesse processo de aceitação da impunidade pelo respeito à força da disciplina, violência e masculinidade, a naturalização da construção de uma memória negadora foi consolidando-se.

Talvez o evento mais simbólico e onde se encontram disputando os sentidos da ditadura e da democracia tenha ocorrido no Rio de Janeiro: três candidatos quebraram a placa que homenageava a Marielle em praça pública, exaltados pela violência, destruindo os sentidos da democracia (Marques, 2018). Eram candidatos, pessoas que precisam do outro para alcançar o poder. Os três foram eleitos. Dois para casas legislativas. O terceiro, Wilson Witzel, tornou-se governador do estado do Rio de Janeiro.

Nesse evento, a construção de um tipo da memória foi consolidando-se. Existiram atos e manifestações a favor dos sentidos da democracia em homenagem a Marielle. Mas a memória viva da violência e o medo eclipsaram os valores democráticos. E o que resta da democracia está em coma.

4 O Laboratório do Brasil: a chacina do Salgueiro, São Gonçalo. Intervenção Federal e Militares na Política de Segurança

O complexo de favelas do Salgueiro, em São Gonçalo, Rio de Janeiro, já tinha sido alvo de uma megaoperação no início de novembro de 2017. Na ocasião, com 3.500 militares e até cerco marítimo, cinco homens foram presos e um menor apreendido. Alguns dias depois, 11 de novembro, um comboio de dois blindados do Exército e um da Polícia Civil entrou na mesma comunidade e terminou com sete mortos esparramados ao longo de um quilômetro de via (mais um faleceria posteriormente).

A chamada "*operação conjunta*" contou com 15 homens da Coordenadoria de Recursos Especiais (CORE), um corpo de elite da Polícia Civil e com o Exército que, além dos blindados, cedeu 17 soldados à ação. As duas partes negaram que os disparos tenham saído de suas armas. A investigação pouco iluminou o que aconteceu.

Um dado importante é a sanção da Lei 13.491/17, um mês antes do episódio. A chacina do Salgueiro, além de pôr em xeque a aplicação do mecanismo de regime de Garantia da Lei e da Ordem (GLO) para operações de combate ao tráfico, revelou os efeitos da referida lei, que ampliou competências da Justiça Militar Federal. Sancionada pelo presidente Michel Temer no mês de outubro de 2017, a legislação alterou o conceito de crime militar para abranger o homicídio doloso (com intenção de matar) perpetrados por militares das Forças Armadas contra civis.

Com a mudança, a Polícia Civil não tem mais atribuição para dirigir investigações que envolvam soldados que matam em exercício das suas funções ou em determinadas situações, como no policiamento para garantia da ordem pública, em curso no Rio. As investigações e julgamento dos crimes – antes submetidos a um júri – ficaram, desde então, na esfera militar.

Em meio à intervenção federal, decretada em fevereiro de 2018, em que o general Braga Netto atuou também como chefe máximo da segurança pública do Rio, a operação no Salgueiro e os limites encontrados pela Justiça comum para investigá-la indicam que crimes e abusos também podem acabar não sendo esclarecidos e punidos. Como era de se esperar, o efeito da transferência dos casos de homicídios por agentes do Exército para a Justiça Militar resultou na prática como uma blindagem para a impunidade da brutalidade por parte dos militares: o processo foi arquivado em abril de 2019.

5 Os 80 disparos: o regime da impunidade em ação

No mesmo mês do arquivamento do caso do Salgueiro, na tarde do domingo, 7 de abril de 2019, militares do Exército dispararam mais de 80 tiros contra um carro, que levava uma família, na região da Vila Militar, na zona oeste do Rio de Janeiro. Um homem morreu e duas pessoas ficaram feridas. As cinco pessoas que estavam no Ford Ka branco atingido iam a um chá de bebê. O músico Evaldo Rosa dos Santos, 46, morreu na hora; seu sogro, Sérgio Gonçalves, foi internado no Hospital Albert Schweitzer; sua esposa e o filho do casal, de sete anos, além de uma amiga da família, não foram atingidos. Um pedestre que passava no local ficou ferido ao tentar ajudar, falecendo dias depois (Pauluze e Nogueira, 2019).

Segundo o delegado Leonardo Salgado, da Delegacia de Homicídios da Polícia Civil, não há nenhum indício de que os ocupantes do carro fossem bandidos ou tivessem reagido à abordagem dos militares. Agregou: "Tudo indica que houve o fuzilamento do veículo de uma família de bem indo para um chá de bebê. Uma ação totalmente desproporcional e sem justificativa" (*Jornal do Brasil*, 2019). Segundo Salgado, havia 12 militares no momento dos disparos, e ao menos nove atiraram. Eles não estavam mais no local quando o delegado chegou.

Os envolvidos foram ouvidos em uma delegacia militar. Mas foi a Polícia Civil que realizou a perícia, porque os militares tiveram dificuldade, devido à revolta dos moradores que testemunharam o crime. O laudo mostra que o automóvel foi atingido por mais de 80 disparos, e não havia arma com os ocupantes do carro. Na segunda, 8 de abril, o Exército determinou a prisão em flagrante de 10 dos 12 militares envolvidos no assassinato (Albuquerque, 2019).

O porta-voz da Presidência da República, general Otávio Rêgo Barros, disse que o presidente Jair Bolsonaro confia na Justiça Militar e que os esclarecimentos serão dados no decorrer da investigação. "[Ele] Espera que eventos de igual similitude não venham a ocorrer", disse (*Jornal do Comercio*, 2019). Dias depois, Bolsonaro, ao comentar o caso, afirmou que "o Exército não matou ninguém; o Exército é do povo" (*G1*, 2019). A natureza absurda dessa afirmação é um recurso retórico recorrente do presidente. Em uma linha contínua com a tortura física como método de produção da verdade, o bolsonarismo pratica de modo permanente a tortura dos fatos.[2] Colo-

[2] Ginzburg (2002) já demonstrou que a produção discursiva do real se estabelece a partir de um conjunto de "relações de força". O bolsonarismo, como forma política e mentalidade pro-

quemos lado a lado o fato de que o Exército executou com 80 tiros duas pessoas e a afirmação de Bolsonaro de que o *"Exército não matou ninguém"*.

Não se trata de mera mentira do presidente. É um esvaziamento da linguagem dando lugar à força. A falta de compromisso entre o discurso e a realidade é expressão de que o que constitui o real é a força. Ao que tudo indica, os mecanismos da Justiça Militar, se agirem da mesma forma que no caso do Salgueiro, operação como instrumento de corroboração daquilo que Bolsonaro afirma de modo insólito em sua declaração, se os autores desse duplo homicídio forem absolvidos, a sentença *"o Exército não matou ninguém"* deixa de ser delírio e passa a ser a realidade. O discurso presidencial alimenta as práticas da Justiça Militar, e essa retribui dando estofo de verdade ao discurso presidencial.

Já o governador do Estado do Rio de Janeiro, o mesmo que participou, em palanque, da quebra da placa em homenagem à Marielle Franco, disse sobre o caso que não lhe cabe fazer juízo de valor:

> Não sou juiz da causa. Não estava no local. Não era a Polícia Militar. Quem tem que avaliar todos esses fatos é a administração militar. Não me cabe fazer juízo de valor e nem muito menos tecer qualquer crítica a respeito dos fatos. É preciso que a auditoria militar e a Justiça Militar e o Exército façam as devidas investigações (*Jornal do Brasil*, 2019).

A fórmula retórica aqui, ainda que mais sutil que a do presidente, é basicamente a mesma. O governador não é o juiz da causa e nem poderia ser, já que abriu mão da carreira na magistratura federal para assumir a posição de chefe

---

motora de uma modalidade de poder, tem como horizonte a vida nua (Agamben, 2015) e mobiliza o discurso como ferramenta de destruição da própria natureza discursiva do real. Se, na tortura física, o chacal executa um conjunto de métodos que esvazie o corpo de alma e faça com que as palavras do torturado (as informações e as confissões) sejam mero reflexo sem conteúdo discursivo, o bolsonarismo lança mão de uma metodologia na qual o discurso é mobilizado para torturar o tecido discursivo da realidade, até que as palavras expressem nada mais do que a força bruta, o biopoder. A cena emblemática de um policial colocando uma arma na mão de um jovem que ele havia acabado de assassinar no Morro da Providência e efetuando disparos para manipular a cena do crime, produzindo indícios de que o morto havia atirado na direção do assassino e, assim, a morte teria sido em decorrência de uma legítima defesa a uma injusta agressão, talvez seja um arranjo sintético dessa operação de produção de uma verdade esvaziada de conteúdo discursivo.

do Executivo estadual. O princípio da divisão dos poderes é mais velho do que andar para frente quando se fala em arquitetura institucional republicana.[3]

Diante desse princípio, um poder atua como fiscalizador dos outros dois. Não haveria razão, portanto, para o governador não fazer juízo de valor sobre um caso que tramita na Justiça Militar. Muito pelo contrário, o poder político a ele investido exige que ele cobre respostas adequadas a circunstâncias absurdas ocorridas no território por ele governado. Ao recorrer ao falso decoro do rito jurídico, o governador está, na verdade, quebrando com o decoro que lhe cabe como governador. Ele mobiliza um verniz republicano para romper com a lógica republicana. O efeito final dessa operação retórica é justamente um juízo de valor: esse caso não possui valor nenhum para o governo estadual.

O caso dos 80 disparos trata-se do primeiro grande caso de ação trágica dos militares sem a proteção do regime da GLO nem legislação da intervenção federal no Rio de Janeiro em vigor. O caso, mesmo assim, entrou na órbita da Justiça Militar, aprofundando os sentidos corporativos e de impunidade e arbitrariedade, eficazmente estabelecidos desde a normativa de outubro de 2017 e a intervenção de fevereiro de 2018.

Os quatro eventos, com símbolos e sentidos diferentes, mas complementares, constroem a imagem atual de um Brasil de exceção. Nesse sentido, observaremos, a seguir, as estruturas que possibilitaram e consolidaram esse processo e que cultivaram o campo ideal para que os quatro eventos descritos fossem possíveis e potencialmente se repitam no futuro próximo demais.

A violência e a legislação anticrime; a milícia, os militares e a Justiça Militar serão colocadas na mesa.

6 Violência no Brasil: O Pacote Anticrime

É importante localizar a situação atual do Brasil no mapa mundial. Nesse sentido, um dado importante: o Brasil é o país que contabilizou o maior número de assassinatos de defensores de direitos humanos e socioambientais em 2017. Os dados são do relatório anual da Global Witness, contabilizando 57 assassinatos (Bergamo, 2018).

Segundo o Atlas da Violência, publicado em junho de 2018 pelo Ipea (Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada) em parceria com o Fórum Brasileiro

[3] A referência aqui, obviamente, é ao *Espírito das Leis*, de Montesquieu (1748).

de Segurança Pública, uma das principais facetas da desigualdade racial no Brasil é a forte concentração de homicídios na população negra. Para se ter ideia, em 2016, a taxa de homicídios de negros foi muito superior à de não negros: 16% contra 40,2% (Araújo, 2019). Todo ano, 23.100 jovens negros de 15 a 29 anos são assassinados. São 63 por dia. Um a cada 23 minutos (Escóssia, 2016). Assim a violência tem cor preferencial.

Segundo dados do Monitor da Violência, parceria entre o Núcleo de Estudos da Violência da Universidade de São Paulo, o Fórum Brasileiro de Segurança Pública e o Portal G1, há uma tendência crescente de mortes com autoria de policiais em serviço. Em 2015, o Brasil somou 3.330 homicídios decorrentes de intervenção policial. Esse número passou para 4.222, em 2016; 5.225, em 2017, e chegou a 6.160, em 2018. Isso significa que mais de 10% das mortes violentas intencionais no país, em 2018, foram cometidas por policiais.

O Rio de Janeiro reúne um quarto do total desses homicídios, com 1.534 casos. Em São Paulo, as mortes perpetradas por policiais representaram 19,5% do total de homicídios no estado em 2018, com 851 ocorrências, a maior proporção do país (*G1*, 2018). Rio de Janeiro e São Paulo reúnem, portanto, as forças policiais mais letais do país, respectivamente, em termos absolutos e proporcionais.

O início do governo Witzel tem elevado ainda mais esses patamares no Rio de Janeiro. Os dados do Instituto de Segurança Pública (ISP) indicam que, nos primeiros 90 dias de governo, 434 pessoas foram mortas pela polícia. As polícias fluminenses mataram, portanto, quase cinco pessoas por dia em 2019. É o maior número desde 1998, ano em que se iniciou a série histórica sistematizada pelo ISP. No Complexo do Alemão, nesse período, foi a polícia quem mais matou, 59% do total (Soares, 2019).

As forças policiais do Brasil são as que mais matam no mundo. De acordo com o levantamento de Anistia Internacional, as polícias brasileiras lideram o número geral de homicídios entre todas as corporações pelo planeta. Segundo o relatório, que conta com 220 investigações envolvendo homicídios cometidos por policiais no país desde 2011, a maioria dos autores dos disparos nunca foi punida. Um total de 183 investigações acompanhadas pela Anistia não tinham sido concluídas até a publicação do relatório (Araújo, 2019). Salienta-se que a polícia brasileira também morre em quantidades assustadoras (Braga, 2018). Além disso, a cada dez dias, um policial militar suicida-se em São Paulo, e os casos só aumentam ano a ano. É gritante a necessidade de um grupo de acompanhamento da saúde mental dos policiais (Dalapola, 2019).

Ainda no que diz respeito às mortes decorrentes de intervenção policial, Angra dos Reis é o lugar onde mais cresceu, com uma variação do 2.700%, de 2 mortes em 2014 a 56 mortes em 2018. É também em Angra dos Reis que existe uma explosão na variação de roubos de rua, aumentando 85%, de carros em 239%, e de carga em 241,7%. Ou seja, como indica Ignacio Cano, o que é possível inferir a partir dos dados é que matar bandidos não resolve o problema da violência (Soares, 2019b).

Talvez um dado que seja uma boa síntese do problema: agentes do Estado mataram 160 pessoas em supostos confrontos em janeiro de 2019 no Rio de Janeiro, na estreia do governo de Wilson Witzel (PSC), que se elegeu com a promessa de recrudescer a repressão ao crime. O caso de maior destaque foi o de 13 civis mortos durante uma operação policial na comunidade do Fallet-Fogueteiro, na região central do Rio, no dia 08 de fevereiro. A ação ganhou declarações de apoio do governador (Jansen, 2019).

O ouvidor-geral da Defensoria Pública do Rio de Janeiro, Pedro Strozenberg, indicou que existem fortes indícios de fuzilamento nessa operação. Essa foi a maior quantidade de vítimas mortas registrada numa operação policial no Rio de Janeiro desde 2007. O governador elegeu-se defendendo o “abate de criminosos” flagrados com fuzis, inclusive usando drones.

Em relação a essa questão, é fundamental registrar um último dado relevante: segundo levantamento, 29% dos moradores de comunidades têm mais medo dos milicianos do que dos traficantes e dos policiais, 25% têm mais medo do tráfico de drogas, 18% temem a polícia e 21% têm medo de todos na mesma proporção. Entre os moradores da Zona Sul, essa proporção é ainda maior: 38% dos moradores temem mais as milícias (*G1*, 2019).

É diante desse contexto que deve ser avaliada a proposta apresentada pelo ministro da Justiça e da Segurança Pública, Sergio Moro, ao Congresso, que ficou conhecida como pacote anticrime. É difícil vislumbrar em que medida essas modificações em nossa legislação penal e criminal efetivamente produzirão redução da criminalidade. Não tratam, em primeiro lugar, de uma questão central para os problemas de criminalidade e de segurança pública: o caráter precário das instituições operadoras do sistema de justiça criminal. Ele legisla, com uma parafernália investigativa e punitivista, considerando que temos instituições do sistema de justiça criminal perfeitas. Temos aí, portanto, um problema de premissa: não é a lei, mas os operadores do sistema de justiça criminal que deveriam ser enfocados por uma reforma que parte do Poder Executivo.

Temos polícias capazes de operar nosso aparato jurídico? Temos promotores e juízes que atuam em convergência com os parâmetros da nossa legislação? Não há, por exemplo, uma proposta que aponte para a melhoria das condições de trabalho dos policiais no Brasil. Não há nada que proponha o aperfeiçoamento do controle externo dessas instituições. Ele propõe medidas para o endurecimento penal, o que geraria uma demanda maior para o sistema prisional, mas não apresenta uma diretriz para a estruturação desse sistema. Esse pacote, em segundo lugar, possui um delírio de panaceia: trata de crime organizado, de terrorismo, de corrupção, de crime comum, de crime do colarinho branco, como se meia dúzia de reparos legislativos fosse suficiente para tratar de formas de criminalidades tão distintas entre si e tão complexas.

O pacote anticrime de Moro propõe alterar 14 leis de dispositivos como o Código Penal e o Código Eleitoral e, além disso, precisa passar pelo Congresso. Uma pesquisa feita recentemente pelo CNT/MDA mostra que a proposta de Moro é bem avaliada pela população. De acordo com o levantamento, 62% aprovam o pacote, 18,8% reprovam e outros 19,2% não souberam ou não quiseram responder.

O pacote também é visto como outra grande aposta do governo (*R7*, 2019). Esses dados indicam que o caráter populista do pacote está alinhado com o imaginário médio a respeito desse tema. Mas existe uma forte oposição ao projeto de diferentes setores, como, por exemplo, pela Associação Juízes para a Democracia (AJD), que declarou que "rejeita veementemente" o projeto de lei anticrime apresentado (Vasconcelos, 2019).

Na pesquisa do CNT/MDA, o Governo Bolsonaro só tem 38,9% de avaliação positiva. Ele é avaliado negativamente por 19% dos brasileiros, ao passo que 29% o consideram regular. O levantamento apontou que 13,1% dos entrevistados não souberam opinar (*R7*, 2019). Assim, Bolsonaro é o presidente que tem um dos menores registros históricos de aceitação nos primeiros meses no poder.

Diante de um início de governo tumultuado, com demonstrações de frágeis capacidades políticas, o bolsonarismo procura as ferramentas da demagogia para seguir de pé. Ativa, para isso, os temas que foram centrais no palanque: o antipetismo, com a insistência de seus filhos em seguirem pronunciando-se sobre Lula e sua prisão; o antiesquerdismo, manifestado no circo que se tornou a política externa sob a administração do bufão Ernesto Araújo; e o discurso repressivo e superficial sobre segurança pública, expresso no decreto sobre as armas e no pacote anticrime de Moro.

Essa medida, como carro-chefe do Ministério da Justiça, desmonta a fachada reformadora do juiz incorruptível e deixa ver com nitidez o extremismo político e militante de Sergio Moro. O ministro não é apenas um quadro técnico em um governo profundamente ideológico; ele é o juiz-bolsonarista no auge de sua carreira. Seu pacote anticrime indica que sua atuação no Ministério da Justiça e Segurança Pública não se trata de qualificar e aperfeiçoar a agenda, mas de colocá-la a serviço da retórica bolsonarista.

Dado o caráter inconstitucional e inaceitável de algumas medidas propostas, espera-se que elas encontrem grande oposição. Se não forem aprovadas, estará plenamente atualizada a retórica de que os problemas de segurança pública não se resolvem porque a oposição segue "defendendo bandido". De modo distinto da agenda da Reforma da Previdência, que gerará grande desgaste ao governo, pressionando sua impopularidade, no campo da segurança pública, a ineficiência e a brutalidade são instrumentos muito populares. Moro e seu bolsonarismo, infelizmente, tem mais a perder com os constrangimentos decorrentes do tema do caixa 2 (que, na visão do juiz, era crime grave e, na do ministro, é mera infração) do que com o veneno da barbárie contido em seu pacote anticrime.

7 Dois componentes do Poder Bolsonarista: o militar e o miliciano

Se, por uma parte, o pacote anticrime tem um horizonte de multiplicação da violência, por outra, pouco ataca causas fundamentais desse novo processo político brasileiro. Nesse sentido, dois componentes são fundamentais para compreender o bolsonarismo e as desastrosas políticas de segurança atuais.

Já na campanha eleitoral, Bolsonaro acenava para a composição de um governo com forte presença dos *militares*. A composição da chapa com o general da reserva Hamilton Mourão consolida a natureza militarizada do governo bolsonarista. Mais do que isso, representa um alinhamento com as alas das Forças Armadas que não se democratizaram, seguindo fiéis à forma de governar e ao imaginário do regime de 1964.

Tanto Bolsonaro quanto Mourão defendem uma visão revisionista da ditadura militar e, sempre que têm oportunidade, demonstram sua admiração pelo exemplar mais acabado do autoritarismo militar e seu completo desapreço pela democracia e pelos direitos humanos: Brilhante Ustra. O notório torturador é referido constantemente pelo presidente e seu vice como um herói. Mourão disse em entrevista que "heróis matam", ao se referir a Ustra. Bolsonaro, além de

exaltá-lo em pleno Congresso Nacional durante a votação do *impeachment* de Dilma Rousseff, falou algumas vezes em entrevistas que Ustra é sua referência, e que o livro escrito por ele não sai de sua cabeceira.

Nos trinta anos de democracia no Brasil, houve muitos movimentos de democratização das instituições públicas. Não se tratou de um processo uniforme, mas seria incorreto afirmar que a história política brasileira é composta somente por continuidades, ainda que as tendências de permanência das forças que reproduzem nossa ordem profundamente desigual sejam muito potentes. Quem esteve no poder, como o ex-Ministro da Defesa e das Relações Exteriores, Celso Amorim, pôde perceber a consolidação de setores militares que atuam em sintonia com os parâmetros democráticos (Amorim, 2012) e a emergência de alas, principalmente entre os militares da reserva, que operam pelo princípio da tutela militar do regime (Lucena, 2018).

Esse segundo grupo é o que se alinha ao bolsonarismo na composição do governo atual. Além de se apresentarem na cena pública como garantidores da ordem – postura, aliás, muito reforçada pelo recurso, recorrente nos últimos anos, da aplicação do mecanismo constitucional de Garantia de Lei e Ordem, com intervenções militares para a operação da segurança pública –, a postura política desses militares é marcada pelo revisionismo acerca da ditadura de 1964, com a relativização das práticas de tortura e pela propagação de uma narrativa na qual as Forças Armadas são uma espécie de reserva moral da nação, o último recurso para o saneamento político do país e o último grau da ideologia contra a corrupção. Essa facção, que saiu derrotada no processo de redemocratização, isolada dentro do próprio regime durante a reabertura, ganha terreno agora. Com eles no poder, os porões da ditadura ingressam nos palácios.

Não há consenso acerca do peso desse grupo nas Forças Armadas. Mas há alguns elementos que parecem suficientes para indicar que não se trata exatamente de uma parcela minoritária. O próprio general Mourão, antes de ir para a reserva por conta da eleição, ocupava a função de Comandante Geral do Sul, segundo degrau da hierarquia do Exército Brasileiro. Nesse período, esteve à frente de grandes projetos, como é o caso do Simulador de Apoio de Fogo (SAFO).

Sob esse projeto recaem suspeitas de que Mourão tenha operado para favorecer a empresa espanhola que ganhou a licitação (Rossi e Betim, 2018). O comandante do Exército também manifesta uma postura cada vez mais próxima dos porões (Betim, 2018). O que ficou muito explícito nas declarações que deu, com ameaças de golpe, durante o julgamento de Lula no STF. Na véspera do

julgamento, ele escreveu em suas redes sociais: "Asseguro à Nação que o Exército Brasileiro julga compartilhar o anseio de todos os cidadãos de bem de repúdio à impunidade e de respeito à Constituição, à paz social e à Democracia, bem como se mantém atento às suas missões institucionais" (*Folha*, 2018).

O fato é que, na esteira do golpe de estado contra Dilma Rousseuf, essas alas militares têm procurado cada vez mais se viabilizar como uma alternativa para as instabilidades políticas do país. Talvez, o próprio bolsonarismo seja mais um passo para a desestabilização e consequente consolidação dos militares do poder (Del Río e Rodrigues, 2019).

A presença, sem precedentes no período democrático, de militares ocupando o primeiro escalão do Governo Federal, comandando 21 áreas da gestão, com predominância de quadros do Exército (Valente, 2019), confirma essa tendência a cada vez que Bolsonaro demonstra seu despreparo para ocupar as funções de chefe do Poder Executivo. Mourão, nesse processo, têm procurado demarcar sua distinção em relação a Bolsonaro, valorizando uma persona pública mais moderada e articulada do que o aloprado capitão (Brum, 2019).

Neste sentido, na história brasileira, o perfil político do âmbito militar teve custos para esse setor. É por isso que diferentes linhas preferem privilegiar outro tipo de visibilidade e de negociação institucional na democracia. Mas a presença exponencial nas últimas eleições de candidatos de origem militar, na ativa ou reserva, coloca novamente em pauta os limites e os equilíbrios das ambições políticas individuais e os objetivos institucionais desse setor na democracia.

Ao colocar uma ambição institucional no âmbito político, torna os custos, pela visibilidade e pela demanda, mais sensíveis. Essa é a razão da força de destruição de qualquer narrativa que revise o papel do setor militar na última ditadura. A construção de uma memória de eficácia e eficiência na economia e da construção democrática é vital para poder entrar no âmbito político sem os dedos apontando as ilegalidades e arbitrariedades cometidas durante o último período autoritário. A memória coletiva construída do imaginário militar e seu papel é vital para compreender as possibilidades existentes hoje.

Outro componente estruturante do poder bolsonarista, que começa a delinear-se mais claramente, é a relação com as *milícias*. Aqui temos um ponto fundamental. É preciso que se investiguem essas relações para além da constatação de vínculos residuais que possam ser expurgados. Há fortes indicadores de uma relação carnal entre o bolsonarismo e as milícias. A emergência dos elos entre o

senador Flávio Bolsonaro e milicianos do Rio de Janeiro são, possivelmente, o aspecto mais visível de uma relação mais profunda.

O fio pode ser puxado a partir do gabinete de Flávio Bolsonaro. O senador e filho do presidente tiveram em seu gabinete e em funções de campanha alguns ligados a milicianos. Adriano Magalhães, ex-capitão do BOPE, hoje foragido da justiça como suspeito de chefiar a organização miliciana que ficou conhecida com "escritório do crime", foi homenageado com a Medalha Tiradentes, numa iniciativa proposta e conduzida por Flávio Bolsonaro. Na ocasião da homenagem, Adriano Magalhães estava preso por acusação de homicídio. Flávio Bolsonaro empregou em seu gabinete a mãe e a mulher de Adriano.

Outro membro do "escritório do crime", o major PM Ronald Ferreira também foi homenageado por Flávio Bolsonaro na Assembleia Legislativa do Rio de Janeiro. A mãe de Magalhães está na lista de pessoas que fizeram depósitos na conta de Fabrício Queiroz, também assessor de Bolsonaro, em um esquema de suspeita de lavagem de dinheiro e de enriquecimento ilícito (Olliveira, 2019). Como na quadrilha do poema de Carlos Drummond de Andrade, Flávio amava Adriano, que amava Ronald, que amava Queiroz, que amava Flávio, que amava a mulher de Adriano e também a mãe, que amavam Flávio, que amava Ronald, que amava Adriano, que amava Queiroz, que depositou dinheiro na conta de Michelle, que amava Jair, que amava Flávio, que amava Adriano, que é suspeito de ser autor da morte de Marielle Franco.

O próprio presidente, quando ainda era parlamentar, acenou diversas vezes para os grupos de extermínio e as milícias como aliados. Chegou a afirmar isso no púlpito do parlamento em uma ocasião em que disse que os grupos de extermínio eram bem-vindos no Rio de Janeiro (*Congresso em foco*, 2019). Esse aceno, à época, parecia uma bravata de um deputado pouco proeminente do baixo-clero com uma agenda política irrelevante (quase 30 anos de parlamento com apenas dois projetos de lei aprovados). Mas com a chegada do baixo-clero ao poder, juntamente com os porões da ditadura, talvez também tenham emergido as linhas de frente da criminalidade urbana.

No Rio de Janeiro, em áreas controladas por milícias, a votação em Jair Bolsonaro para presidente foi expressiva. Na Baixada Fluminense, em Angra dos Reis e em Rio das Pedras, Bolsonaro ultrapassou 70% de votos. Mas não é somente do ponto de vista das relações políticas e de mercado que o bolsonarismo possui nexos com as milícias. Os vínculos ideológicos com essas organizações criminosas são também muitos consistentes.

8 As Milícias: seu negócio e sua mentalidade

As milícias são organizações criminosas que possuem estreito parentesco com os grupos de extermínio que atuam na Baixada Fluminense desde a primeira metade do século passado e que tiveram sua atuação acentuada no período da Ditadura Militar. O elemento definidor dessas organizações criminosas é a mobilização do poder de matar como elemento central de um mercado de bens, serviços e mercadorias políticas (para utilizar uma expressão trabalhada por Michel Misse (2011) em artigo fundamental para a compreensão das dinâmicas da criminalidade violenta no Brasil).

O negócio central desses grupos gira em torno dos assassinatos (Rodrigues et Al., 2018). E, porque podem matar, eles se credenciam para a operação de outros mercados muito lucrativos. Outro pilar das milícias são os vínculos com poderes políticos, definindo sua atuação aos moldes das atividades mafiosas.[4] O poder de matar das milícias está, em terceiro lugar, vinculado a uma narrativa de manutenção da ordem. Uma ideia de segurança pública na qual a ordem é resultado da eliminação daqueles que são definidos como elementos da desordem.

O poder das milícias ultrapassa a gestão de mercados e desemboca no acesso ao poder político. O controle territorial converte-se em poder político. Uma área dominada por milícias também se torna um nicho eleitoral, ou um curral eleitoral, para retomar um conceito fundamental de um precedente histórico importante para que se compreendam as milícias. As áreas de milícias são também celeiro para a emergência de lideranças que alcançam posições para cargos eletivos e capital político importante para candidatos que pretendam beber dessa fonte de poder.

Assim como no coronelismo da República Velha, as milícias estabelecem uma estrutura de poder que articula as dinâmicas do controle local com a produção de lideranças nacionais. Esse nexo entre as milícias e o coronelismo precisa ser estudado e tornado uma agenda de pesquisas para a ciência política no Brasil. Assim como Victor Nunes Leal pode sistematizar o nexo entre o controle local dos coronéis e a política nacional, é uma tarefa para aqueles que pensam a política no Brasil pensarem a relação entre o exercício do poder local pelas milícias, sua

---

[4] Foi o relatório da CPI das Milícias da Assembleia Legislativa do Rio de Janeiro, presidida pelo deputado Marcelo Freixo, e publicado em 2008, que primeiro caracterizou as milícias como atividade mafiosa.

usina de produção de quadros para o Legislativo e o Executivo e o modo como esse poder se espraia pelas três esferas federativas. O mecanismo é o mesmo.

O poder local garante os votos fundamentais para os poderes municipais e cria uma cadeia de interesses que se estende até o governo federal. No lugar das estruturas arcaicas de poder que vigoravam na Primeira República, as milícias conseguem consolidar uma rede que se estende em nível nacional porque são operadoras de uma mentalidade; um discurso público. E essa mentalidade atende perfeitamente aos anseios das elites nacionais tradicionais e emergentes.

A mentalidade miliciana sustenta-se em um elemento central: a afirmação da legitimidade de matar à margem da lei como parâmetro fundamental da consolidação de uma ordem desigual e hierárquica. Esse é o aspecto de ampla envergadura das milícias, coerente com a visão de mundo das forças arcaicas que forjaram violentamente a sociedade brasileira.

As milícias modernizam esse discurso. A morte dos "inimigos da ordem" é legítima. Mais do que isso, é legítima defesa; autoproteção. O que estamos chamando aqui de mentalidade miliciana gira em torno desse princípio: é legítimo matar em prol da constituição de uma ordem que guarda uma moralidade que pretende sobrepor-se ao ordenamento legal constituído nos parâmetros da democracia.

O ruralista que assassina indígenas e lideranças de movimentos sociais; o pastor unge a violência em vista de uma ideia excludente de justiça; o homem branco de classe média que, num chope com amigos, afirma que bandido tem que morrer mesmo; o governador que diz que vai "atirar na cabecinha" dos bandidos; na contramão das prerrogativas legais, o candidato que quebra a placa em homenagem à Marielle Franco; o deputado que vota contra sua homenagem com a Medalha Tiradentes por divergências ideológicas; o policial que executa porque a Justiça solta o bandido; o comandante de batalhão que oferece sua estrutura de segurança como ferramenta do negócio da morte; a desembargadora que lamenta os curtos das balas que executariam Jean Willys no paredão; o juiz que chama de anjos guardiões os policiais que dispararam contra o Matemático do alto do helicóptero; o promotor de justiça que arquiva casos muito bem documentados de homicídios cometidos por policiais; o magistrado que dá mais peso à palavra do policial do que de uma mãe; são alguns dos personagens de grande vulto nacional que bebem da fonte ideológica miliciana. É ampla a adesão a essa ideologia. E esses personagens todos se alinham ao bolsonarismo. Podemos dizer, portanto, que o bolsonarismo é uma ideologia política de caráter miliciano.

Bolsonaro, entretanto, dobrou a aposta miliciana. No rol dos sujeitos matáveis, estão os inimigos ideológicos, os esquerdistas. A retórica pouco sutil do bolsonarismo alinha como alvo da violência miliciana todos aqueles que se opuserem ao regime sob a acusação de "esquerdistas, marxistas-leninistas". Quando o ministro da Educação chama Leonardo Boff de "marxista-leninista" e o manda ir para a Coreia do Norte, está colocando um alvo em suas costas. Dizer que ele deve sair do país é uma metáfora para "deve desaparecer", ou seja, "precisa morrer". É preciso que isso seja dito.

Mais do que os envolvimentos de Bolsonaro com a cadeia criminosa das milícias, é importante frisar o seu vínculo ideológico com esses grupos. Para os leitores menos atentos, ressaltamos: o bolsonarismo é uma tendência política de natureza miliciana porque reproduz o mesmo imaginário político que sustenta o poder dessas organizações criminosas. Dessa forma, a mentalidade miliciana é o operador que organiza o pensamento político hegemônico no Brasil contemporâneo.

Há mais um elemento que indica um claro alinhamento do bolsonarismo com a lógica miliciana: a defesa do armamento da população. Ao contrário do que o discurso público do bolsonarismo afirma, não se trata de uma disputa só no campo dos valores, ou seja, do exercício do direito de autodefesa. As propostas de Bolsonaro para essa agenda deflagram uma cortina de fumaça moral, mas apontam concretamente para o aquecimento do mercado miliciano.

O decreto que aplica o acesso às armas, com a possibilidade de que cada cidadão apto possua quatro armas sem que precise prestar muita conta ao governo, é uma política pública que pretende reforçar o arsenal miliciano. Ao invés de precisarem recorrer ao mercado ilegal de armas, que tem alto custo de operação, as milícias poderão simplesmente estabelecer uma rede de laranjas para legalizar suas armas.

Um estado como o Rio de Janeiro, que possui vasta rede criminosa miliciana instalada e um governador que reproduz, sem pudores, a mentalidade miliciana no campo da segurança pública, está na linha de frente para tornar-se a capital política de um regime que possui as forças milicianas como operadores. Ainda estão por ser investigados os vínculos criminosos entre a família Bolsonaro e as milícias, mas, no que se refere à sua estrutura ideológica, o bolsonarismo é miliciano da cabeça aos pés.

9 Militarização da Justiça: a expansão da competência da Justiça Militar[5]

Nesse cenário de pacote anticrime, de multiplicação da violência e de omissão para atacar setores violentos e enquistados no poder, a ideologia miliciana que alcançou o Poder Executivo nacional implementa uma agenda de política de segurança baseada na violência, na impunidade e na arbitrariedade. Nesse processo, com a milícia local expandindo-se, a militarização errática da segurança interna, a justiça entra no campo de jogo para colaborar com os sentidos corporativos e de disciplina e impunidade do setor militar que retornou a política nacional em todos os âmbitos possíveis e inimagináveis. Pouco se sabe da justiça militar, mas muito se conhece da sua utilização nos casos cada vez mais presentes de "tragédias" em ações com participação dos militares, como o caso dos 80 disparos contra o músico Evaldo.

A Constituição de 1988 apenas estabelece que à Justiça Militar "compete processar e julgar os crimes militares definidos em lei". É a lei quem define o que são os crimes militares e, logo, o que estará sob a competência da Justiça Militar. Duas dessas leis são legados diretos do regime autoritário instaurado em 1964: o Código Penal Militar e o Código de Processo Penal Militar (Del Río e Cesário Alvim Gomes, 2018).

É o primeiro que estabelece, por exemplo, que crimes cometidos por civis "contra as instituições militares" são considerados "crimes militares" e que, portanto, estarão sob a responsabilidade da Justiça Militar (e não da Justiça comum). Esses vícios de origem (autoritária) da Justiça Militar jamais foram expurgados pela ordem democrática de 1988, seja pela via legislativa, seja pela via judicial. Desde 2013, há ação no Supremo Tribunal Federal questionando, por exemplo, a competência da Justiça Militar para julgar civis (ADP 289).

Outras ações questionam inovações legislativas que, nos últimos anos, ampliaram ainda mais a competência da Justiça Militar (Cesário Alvim Gomes, 2017). Tais ações atacam, por exemplo, normas como a da Lei Complementar n.º 117, que, em 2004, estabeleceu expressamente que o emprego das Forças Armadas na Garantia da Lei e da Ordem (GLO) seria considerado atividade militar para fins de aplicação da competência da Justiça Militar, e a da LC n.º 136, de 2010, que atribuiu caráter de "atividade militar" ao emprego das Forças Armadas em "atividades subsidiárias", que abrangem a atuação "contra delitos

[5] Ver para mais detalhes (Del Río e Cesário Cesar Alvim, 2018, 2020).

transfronteiriços e ambientais" e, igualmente, a "repressão aos delitos de repercussão nacional e internacional".

Recentemente, o STF começou a julgar a Ação Direta de Inconstitucionalidade n.º 5.032, que busca afastar a competência da Justiça Militar nesses casos. Na ocasião, o ministro Marco Aurélio, relator da ação, indicou que a competência da Justiça Militar nas hipóteses de GLO e combate ao crime seria constitucional, e o ministro Fachin divergiu. O exame da matéria foi suspenso por pedido de vista do ministro Luís Roberto Barroso (*Consultor Jurídico*, 2018). Até que decida definitivamente no sentido da inconstitucionalidade da legislação que a respalda, o Supremo autoriza o uso expansivo da Justiça Militar.

Na última década, essa legislação foi amplamente aplicada no Rio de Janeiro durante o uso da Força Nacional para missões de "pacificação social" nas favelas. Nesse contexto, em 2008, por exemplo, durante ocupação do Exército no Morro da Providência, onze militares participaram da morte de três jovens que foram entregues a traficantes do Morro da Mineira, controlado por criminosos de uma facção rival à existente no morro da Providência, para serem torturados e assassinados (Belchior, 2008).

Somente no mês de abril de 2014, 2,7 mil homens pertencentes a tropas do Exército e da Marinha substituíram parte do efetivo da Polícia Militar no conjunto de favelas da Maré, na Zona Norte do Rio de Janeiro, onde moram mais de 130 mil cidadãos (*G1*, 2014), tendo sido registrada uma morte perpetrada pelo Exército (*R7*, 2014).

Mais recentemente, em julho de 2017, com o recrudescimento da violência e do discurso de necessidade de endurecimento da repressão à criminalidade, o Governo Federal editou decreto autorizando o emprego das Forças Armadas em funções de segurança pública no estado do Rio de Janeiro, inicialmente até 31 de dezembro de 2017 e, após prorrogação, até o final de 2018. A convocação das Forças Armadas para tarefas de segurança e até mesmo em unidades prisionais tem sido frequente.

Nesse cenário, e apenas um mês antes da chacina de São Gonçalo, entrou em vigor a Lei 13.491, de outubro de 2017, sancionada pelo presidente Michel Temer. A nova legislação ampliou, mais uma vez, o conceito de crime militar, como já vimos. Com a mudança, a Polícia Civil não tem mais atribuição para dirigir investigações que envolvam soldados que matam em exercício das suas funções ou em atividades subsidiárias, como na segurança pública ou policiamento.

As investigações e o julgamento dos crimes – antes submetidos a um júri – ficaram, desde então, na esfera militar. A nova lei, mesmo violando frontalmente o dispositivo constitucional que estabelece a competência do júri nesses casos, continua em vigor. E as ações que questionam sua constitucionalidade permanecem sem previsão de julgamento no Supremo (ADI 5.804 e ADI 5.901).

Mas essa é apenas uma das leis que compõem a constelação legislativa que gradualmente fortalece a impunidade de agentes do Estado que comete violações a direitos fundamentais da população civil. Com justificativa semelhante, foi apresentado ao Senado Federal o Projeto de Lei n.º 352/2017, que altera o Código Penal brasileiro, para presumir legítima defesa quando o agente de segurança pública mata ou lesiona quem porta ilegal e ostensivamente arma de fogo de uso restrito.

Com o mesmo objetivo, ainda em tramitação na Câmara dos Deputados o Projeto de Lei n.º 9.564/2018 e o Projeto de Lei n.º 9.733/2018, ambos apresentados, propõe o estabelecimento de novas causas de excludente de ilicitude e culpabilidade na legislação penal brasileira para os agentes públicos envolvidos em operações da intervenção federal, e todo o cenário vai piorar se o pacote anticrime do juiz-ministro Moro for aprovado.

A Justiça Militar é uma justiça corporativa, formada em sua expressiva maioria por militares da ativa (sem formação jurídica e sujeitos à hierarquia e à disciplina castrenses), cujo trabalho consiste em aplicar legislação especial editada em 1969, no auge da Ditadura Civil-Militar: o Código Penal Militar e o Código de Processo Penal Militar. Esses fatores colocam em xeque a independência e a imparcialidade da Justiça Militar para julgar casos envolvendo civis, estejam eles na posição de réus ou de vítimas. A situação é ainda mais grave nos casos de crimes dolosos contra a vida, que a Constituição explicitamente coloca sob a competência de tribunal do júri.

Além dos vícios decorrentes da composição e da legislação aplicável, existe um problema de sociabilização que faz com que a balança da Justiça Militar esteja sempre desequilibrada em desfavor de civis: juízes militares foram profissionalmente socializados para pensar sob a ótica da hierarquia e da disciplina, sempre priorizando as Forças Armadas, e não necessariamente os direitos constitucionais.

É por isso que, em novembro de 2010, a Corte Interamericana de Direitos Humanos determinou que as ações penais de responsabilização deveriam ser processadas e julgadas em foro ordinário, e não na Justiça Militar. Na ocasião, a Corte buscava impedir a impunidade de militares envolvidos nas violações de

direitos no contexto da guerrilha do Araguaia (caso Gomes Lund). Em outras ocasiões, a Corte, reiteradas vezes, afirmou que a Justiça Militar tem caráter excepcional e restrito e que o julgamento de civis deve caber à Justiça Ordinária.

Além do autoritarismo e do corporativismo, a Justiça Militar padece de ineficiência. Segundo dados do CNJ (Conselho Nacional de Justiça), em 2013, os magistrados da Justiça Militar julgaram 37 vezes menos processos que os da Justiça Federal, a um custo por processo 55 vezes mais alto (Cesário Alvim Gomes, 2014).

Do orçamento previsto para a JMU em 2018, cerca de 95% deverão ser destinados ao STM. No ano passado, a Corte executou, segundo dados do painel Siga Brasil, R$ 495,8 milhões. O gasto é próximo ao de outros tribunais superiores, como o Supremo Tribunal Federal (STF) – que custou, no mesmo ano, R$ 621,4 milhões à União – e o Tribunal Superior Eleitoral (TSE) – com R$ 675,5 milhões. A comparação entre as medidas de produtividade das cortes, no entanto, revela números bastante distintos. Segundo os últimos dados do Conselho Nacional de Justiça (CNJ), em 2016, o índice de produtividade de magistrados do STM foi de 72 processos julgados, enquanto no STF a taxa foi de 7.816. A quantidade de novos casos no ano também é discrepante: 89.959 no Supremo contra 843 na instância superior castrense (CNJ, 2017).

Por essas razões, é importante ressaltar ser insuficiente o Projeto de Lei n.º 7.683/2014, que prevê, em primeira instância, o julgamento de civis monocraticamente pelo juiz-auditor, e não mais pelo Conselho Permanente de Justiça, composto por juiz-auditor e quatro militares da ativa. Isso por uma série de motivos. A proposta só prevê o novo arranjo no caso de civis réus, e não quando forem vítimas. Mesmo nesses casos, o juiz auditor continuaria a atuar sob forte influência do ambiente militar, regido pelos princípios castrenses da hierarquia e da disciplina, utilizando-se da legislação militar editada no auge dos anos de chumbo. Em segunda instância, permaneceria o STM, composto por cinco civis e dez militares da ativa, sujeitos ao Estatuto dos Militares e dos quais não se exige formação jurídica[6].

[6] O STM é um órgão da Justiça Militar da União, composto por quinze Ministros vitalícios, nomeados pelo Presidente da República, depois de aprovados pelo Senado Federal, sendo três oficiais-generais da Marinha, quatro oficiais-generais do Exército, três oficiais-generais da Aeronáutica – todos da ativa e do posto mais elevado da carreira – e cinco civis, escolhidos pelo Presidente da República (CNJ, 2017, p. 28).

Simbolicamente, a expansão progressiva da Justiça Militar – sobretudo nas relações com civis – nega à sociedade brasileira a oportunidade de consolidar seu rompimento com as amarras do autoritarismo e seu compromisso com a democracia e os direitos fundamentais. Na verdade, no atual contexto, reforça um retorno a esse autoritarismo que vem manifestando-se no plano político e social, como revela a recente intervenção no Rio de Janeiro. E, com esse retorno, a memória e os sentidos da democracia estão em plena disputa, e é um território em intenso conflito.

10 Considerações finais: a memória em disputa e as sombras no horizonte

Neste processo, não foram poucas personalidades que tentaram borrar a fronteira dos sentidos da ditadura com os valores democráticos, como se se tratasse de conceitos semelhantes e intercambiáveis. O presidente do STF, Dias Toffoli, numa demonstração de fidelidade à falta de caráter, fez sua colaboração para confundir institucionalmente os sentidos da ditadura ao denominar o golpe de 1964 como *movimento*. Claro, a estrada já estava construída, é só lembrar, como vimos, algumas declarações emitidas por figuras do mundo militar.

Na mesma linha da desonestidade, para o novo ex-ministro da Educação, Ricardo Vélez Rodríguez, o golpe militar de 31 de março de 1964 "é uma data para lembrar e comemorar" (Cerioni, 2018). Com o mesmo espírito, o próximo comandante do exército, o general Edson Leal Pujol, avalia que o período da Ditadura Militar no Brasil é tratado com preconceito e desinformação, salientando que o tempo vai limpar as diferenças de opinião (Alegretti e Mattoso, 2018). Para consolidar a estrada da confusão, do tipo de memória a ser alcançada, outorgando ao conceito de ditadura novos sentidos, o presidente eleito declarou que o brasileiro "não sabe" o que é ditadura porque não houve ditadura no Brasil (*Jornal do Brasil*, 2018).

O interessante desse processo de construção da memória é que as personalidades que estão sendo indicadas para diferentes ministérios têm em comum sua luta contra o marxismo, ou seja, a real ditadura nas palavras deles. Uma característica que se apresenta em outros processos no plano internacional. É um passo fundamental para reconfigurar os sentidos da democracia, do autoritarismo e da ditadura.

Mas, simultaneamente, ao acusar os militantes da esquerda, erosionam-se os valores democráticos do respeito às ideias diferentes e do diverso. Um combo

letal que aniquila a democracia e reinterpreta os sentidos do autoritarismo. O que eles vão fazer é ser rígidos e disciplinados, mas não ditadura. Para isso, talvez tenham que passar por cima dos valores democráticos. Mas tudo isso não os torna ditadores. Assim, a memória viva está sendo alterada em favor de valores contrários aos democráticos. E, com esses movimentos, restringem-se as formas e possibilidades de repensar e construir uma memória do passado recente com valores democráticos. Como vamos pensar sobre a última ditadura se no presente entendemo-la como um passo firme para defender a democracia?

A prisão de Lula da Silva foi e é um ataque frontal ao sistema democrático, à representação popular, às eleições, aniquilando as regras de jogo. As formas da democracia, sua estética, ficaram na prisão com o ex-presidente. O assassinato de Marielle foi e continua sendo o esvaziamento dos sentidos da democracia, seu conteúdo, sua luta, a justiça social, a defesa de valores sem os quais nada tem sentido.

A chacina de Salgueiro reitera a atuação impune e arbitrária dos militares no cenário desastroso das políticas de segurança pública do Rio de Janeiro com a intervenção federal. Os 80 disparos contra o músico Evaldo é a explicitação da doutrina da segurança interna no governo Bolsonaro, o pacote da impunidade. Os quatro eventos falam-nos muito dos alcances reais da memória viva dos valores da democracia e da disputa histórica que o conceito de ditadura conseguiu consolidar num Brasil desmemoriado artificialmente.

Na disputa da construção da memória e dos seus símbolos, hoje, a democracia e a ditadura são conceitos que estão sendo distorcidos. No relato atual, a firmeza necessária para salvar a democracia faz da ditadura um momento inevitável, que só homens com firmeza podem levar para frente. Nessa lógica perversa e desonesta, abre-se espaço para uma compreensão distorcida e artificial dos significados da ditadura, que simultaneamente reduz os valores democráticos a detalhes que podem esperar. Neste tempo presente, a democracia aparece reduzida, menor.

Existe uma constante na construção da memória no tempo presente. Os valores democráticos são defendidos atualmente de baixo para cima. Nas ruas, nos movimentos, nos partidos, em igrejas, nas mesas dos botecos e até em torcidas organizadas, entre outros. Pelo contrário, os valores autoritários, ditatoriais, são fomentados, em geral, de cima para baixo, utilizando a potência do aparelho do Estado para penetrar na sociedade. Mas as ruas não são deles. É nas ruas que a democracia vive. Mesmo que esteja em desenvolvimento uma arquitetura jurídica autoritária que criminaliza as ruas, hoje, a luta deve ser física, não só virtual.

É o momento crucial para construir e defender uma memória coletiva com valores democráticos e que garantam direitos e oportunidades para o futuro. Estamos num processo contraditório, com velocidades múltiplas, de vozes divergentes e de eventos antagônicos. Não podemos abrir mão da democracia, e, para isso, precisamos lutar pela memória. E isso é uma atividade do presente. Talvez, na luta estabelecida pelo debate sobre escola sem partido, possamos enxergar diretamente o projeto do tipo de memória que está em disputa com um longo alcance.

O governo bolsonaro é uma máquina de corrosão da política; a falsificação do passado e do presente operada de modo permanente. Essa é a condição de legar ao futuro nada mais que o horizonte vazio de sentidos: a vida nua. Mais do que tentarmos enquadrar o bolsonarismo nos matizes do fascismo, é fundamental que percebamos que ele se trata de um regime de soberania nos termos definidos por Agamben (2015). Essa é a chave para que busquemos alguma compreensão[7] desse contexto kafkiano que estamos atravessando. Trata-se de um regime de força e essa forma de poder depende da corrosão dos sentidos narrativos no mundo. A brutalidade é o operador de base desse poder; imprime-se nos corpos e nas normas.

Estamos anestesiados pela morte, pelo medo e pela violência, mas nossa humanidade está viva e não podemos soltar o nosso humanismo e sua solidariedade. Eu sou o que o outro é. A memória que está sendo construída aniquila a diversidade, a solidariedade, tão presente no âmbito popular, tão ausente numa elite precária, racista e colonizada. O movimento autoritário é um processo internacional ocidental, xenófobo com características fascistas. A vida é luta e a democracia e seus valores precisam ser defendidos todos os dias, em cada canto, espaço, país. Sem ela, a noite pode ser longa.

Referências

Agamben, Giorgio. *Meios sem fim: notas sobre a política*. Belo Horizonte: Autêntica, 2015.

Albuquerque, Ana Luiza. "Exército determina prisão de militares envolvidos em assassinato de músico no Rio". *Folha de S. Paulo*, Rio de Janeiro, 08 abr. 2019. Disponível em: https://bit.ly/3phnJg7. Acesso em: 13 jul. 2019.

[7] O termo compreensão é definido por Hannah Arendt (2008) como uma restauração de sentidos diante da corrosão da política.

Alegretti, Laís e Mattoso, Camila. “Há preconceito na análise do período militar no Brasil, diz futuro comandante do Exército”. *Folha de São Paulo*, 23 nov. 2018. Disponível em: https://bit.ly/2Qctz3F.

Amorim, Celso. “A Comissão da Verdade é o epílogo da transição democrática”. *DefesaNet*, 1 abr. 2012. Disponível em: https://bit.ly/2Jik4Mw.

Araújo, Peu. “PMs comentam por que posse de arma e pacote anticrime são ‘kit catástrofe’”. Vice, 12 fev. 2019. Disponível em: https://bit.ly/2TmmRdK. Acesso em: 13 jul. 2019.

Araújo, Thiago de. “Polícia brasileira é a que mais mata no mundo, diz relatório”. *Exame*, 6 fev 2019. Disponível em: https://bit.ly/3eLPlVI. Acesso em: 27 jul. 2019.

Arendt, Hannah. *Compreender: formação, exílio, totalitarismo (ensaios)*. São Paulo: Companhia das Letras, 2008.

Belchior, Luísa. “Exército nega acusação de violência em favela e diz que vai continuar ocupação”. *Folha de São Paulo*, 16 jun. 2008. Disponível em https://bit.ly/38v8x94. Acesso em: 18 ago. 2019.

Bergamo, Mônica. “Brasil é o país com mais mortes de defensores de direitos humanos e ambientais”. *Folha de S. Paulo*, 24 jul. 2018. Disponível em: https://bit.ly/2NHq14l. Acesso em: 09 mar. 2019.

Betim, Felipe. “Do general Villas Bôas à reserva, a ofensiva dos militares que querem voz na política”. *El Pais*, Brasil, 4 abr 2018. Disponível em: https://bit.ly/2qcdFHk. Acesso em: 13 jul. 2019.

Braga, Giampaolo Morgado. “2018, o ano em que a polícia matou como nunca e menos policiais morreram no Rio”. *Época*, 28 nov. 2018. Disponível em: https://glo.bo/2Sj5oho. Acesso em: 09 jul. 2019.

Brasil. Senado Federal. Projeto de Lei n.º 352/2017. Disponível em: https://bit.ly/2IJ4NV0. Acesso em: 12 jul. 2019.

______. Câmara dos Deputados, “Projeto de Lei nº. 9.733/2018”. Disponível em: https://bit.ly/2rREjan. Acesso em: 10 jul. 2019.

Brum, Eliane. “Mourão, o moderado”. *El Pais*, Brasil, 30 jan. 2019. Disponível em: https://bit.ly/2UYlv4V . Acesso em: 09 jul. 2019.

Cesário Alvim Gomes, Juliana. “Os retrocessos de Temer e o silêncio do Supremo”. *JOTA*, 20 out. 2017. Disponível em: https://bit.ly/2jZBRtY. Acesso em: 11 jan. 2019.

______. “Justiça Militar, anacronismo e autoritarismo”. *Folha de São Paulo*, Opinião, 18 ago 2014. Disponível em: https://bit.ly/2IJ62n8 . Acesso em: 11 jan. 2019.

Congresso em Foco. “Em discurso, Bolsonaro apoiou grupo de extermínio que cobrava R$ 50 para matar jovens da periferia”. *Congresso em Foco*, 13 out 2018. Disponível em: https://bit.ly/2CdOls3. Acesso em: 10 abr. 2019.

Conselho Nacional de Justiça. “Justiça em números 2017: ano-base 2016”. Brasília: CNJ, 2017.

Consultor Jurídico. “STF começa a julgar lei que amplia competência da Justiça Militar”. *Consultor Jurídico*, 7 abr. 2018. Disponível em: https://bit.ly/2IpKdFJ. Acesso em: 12 maio 2019.

Dalapola, Kaique. "A cada 10 dias um PM comete suicídio em SP, aponta ouvidoria". *R7*, São Paulo, 22 fev. 2019. Disponível em: https://bit.ly/2XFYkii. Acesso em: 09 jul. 2019.

Del Río, Andrés. "O pulso da memória da Ditadura: o conflito presente". Justificando, *Carta Capital*, 26 set. 2017. Disponível em: https://bit.ly/2Qs2g5g. Acesso em: 09 mar. 2019.

______ e Cesario Alvim Gomes, Juliana. "A quem serve a expansão da Justiça Militar?". *Le Monde Diplomatique*, Brasil, 21 maio 2018. Disponível em: https://bit.ly/2sYjmL4. Acesso em: 12 abr. 2019.

______ e ______. "Direitos humanos e relações cívico-militares: o caso da expansão da competência da Justiça Militar no Brasil". *Mural Internacional*, v. 11, p. 1-15, 2020.

______ e Rodrigues, André. "Bem-vindos à Era Mourão". Justificando, *Carta Capital*, 2019. Disponível em: https://bit.ly/2V42uOu. Acesso em: 12 abr. 2019.

______ et al. "Eleições no Brasil: a violência ao poder". *Política Hoje*, (impresso), UFPE, v. 27, p. 47-64, 2019.

Escóssia, Fernanda. "A cada 23 minutos, um jovem negro é assassinado no Brasil, diz CPI". *BCC Brasil*, Rio de Janeiro, 6 jun. 2016. Disponível em: https://bbc.in/2MxbfAc. Acesso em: 09 mar. 2019.

Folha de São Paulo. "Na véspera de julgamento sobre Lula, comandante do Exército diz repudiar impunidade". *Folha de São Paulo*, Poder, São Paulo, 4 abr. 2018. Disponível em: https://bit.ly/2EjwxJm. Acesso em: 09 jul. 2019.

G1. "Forças Armadas assumem ocupação de 15 comunidades da Maré, Rio". *G1*, Rio de Janeiro, 5 abr. 2014. Disponível em: https://glo.bo/1kaUU0J. Acesso em: 21 fev. 2019.

______. "Monitor da violência. Mortos por policiais no Brasil". *G1*, Rio de Janeiro, 2018. Disponível em: https://bit.ly/2KaAm7i.

______. "General Mourão admite que, na hipótese de anarquia, pode haver 'autogolpe' do presidente com apoio das Forças Armadas". *G1*, Brasília, 8 set. 2018. Disponível em: https://glo.bo/2MXQnDl. Acesso em: 09 mar. 2019.

______. "Medo das milícias supera o de traficantes em comunidades do Rio, diz Datafolha". *G1*, Rio de Janeiro, 18 fev. 2019. Disponível em: https://glo.bo/2trbiSW. Acesso em: 09 mar. 2019.

______. "'O Exército não matou ninguém; o Exército é do povo', diz Bolsonaro sobre morte a tiros de músico no Rio". *G1*, Macapá, 12 abr. 2019. Disponível em: https://glo.bo/2v3lAJY. Acesso em: 13 jul. 2019.

Ginzburg, Carlo. *Relações de força: história, retórica, prova*. São Paulo: Companhia das Letras, 2002.

Godoy, Daniel. "Supremo pode ser 'indutor' de violência, diz general da reserva". *O Estado de S. Paulo*, Brasília, 3 abr. 2018. Disponível em: https://bit.ly/2TQ87jW. Acesso em: 09 mar. 2019.

Grupo Tortura Nunca Mais e outros. "Mobilização Desmilitarização da Justiça". Campanha Desmilitarização da Justiça. Disponivel em: http://desmilitarizacaodajustica.meurio.org.br/. Acesso em: 10 jul. 2019.

Jansen, Roberta. "Polícia do Rio matou 160 pessoas em janeiro, segundo maior patamar para o mês desde 1998". *Estadão*, 22 fev. 2019. Disponível em: https://bit.ly/2H4jy4o. Acesso em: 09 jul. 2019.

Jornal do Brasil. "Bolsonaro: brasileiro 'não sabe' o que é ditadura porque não houve ditadura no Brasil". *Jornal do Brasil*, Brasil, 19 nov. 2018. Disponível em: https://bit.ly/2RnQSF6. Acesso em: 13 jan. 2019.

______. "'Não me cabe juízo de valor', diz Witzel sobre ação militar que matou músico no Rio". *Jornal do Brasil*, 9 abr. 2019. Disponível em: https://bit.ly/2vDe7BB. Acesso em: 13 jul. 2019.

Jornal do Comércio. "Porta-voz diz que Bolsonaro não comentou fuzilamento de carro de família no Rio". *Jornal do Comércio*, 8 abr. 2019. Disponível em: https://bit.ly/2GXP8y9. Acesso em: 13 jul. 2019.

Lucena, Eleonora de. "Celso Amorim: militares que querem tutelar e submeter o país vão perder peso". Entrevista: *Brasil de Fato*, 30 set. 2018. Disponível em: https://bit.ly/2y31kJA.

Marques, João Victor. "Candidatos do partido de Bolsonaro quebram placa que homenageava Marielle no Rio". *Estado de Minas*, 3 out. 2018. Disponível em: https://bit.ly/32Kw0j5.

Metrópoles. "Rodrigo Maia: 'Não há espaço orçamentário para atender a sociedade'". *Metrópoles*, 19 nov. 2018. Disponível em: https://bit.ly/2AqWUxo. Acesso em: 09 mar. 2019.

Misse, Michel. "Crime organizado e crime comum no Rio de Janeiro: diferenças e afinidades". *Rev. Sociol. Polit.* [online], v. 19, n. 40, p.13-25, 2011.

Monteiro, Tania. "Militares recebem com alívio eleição de Bolsonaro". *Terra*, Brasília, 29 out. 2018. Disponível em: https://bit.ly/2AtsjPB. Acesso em: 09 mar. 2019.

Nitahara, Nakemi. "Justiça manda YouTube retirar 16 vídeos que difamam memória de Marielle". *Agência Brasil*, Rio de Janeiro, 23 mar. 2018. Disponível em: https://bit.ly/2zrSzKm. Acesso em: 09 mar. 2019.

Olliveira, Cecília. "As ligações dos Bolsonaro com as milícias". *The Intercep*, 22 jan. 2019. Disponível em: https://bit.ly/2Hop1E5. Acesso em: 13 jul. 2019.

Pauluze, Thaiza e Nogueira, Italo. "Exército dispara 80 tiros em carro de família no Rio e mata músico". *Folha de S.Paulo*, São Paulo e Rio de Janeiro, 8 abr. 2019. Disponível em: https://bit.ly/2P1ycKU. Acesso em: 13 jul. 2019.

R7. "Pacote anticrime de Moro é aprovado por 62%, aponta pesquisa". *R7*, Brasil, 26 fev. 2019. Disponível em: https://bit.ly/2EAryYr. Acesso em: 09 mar. 2019.

______. "Governo Bolsonaro tem 38,9% de avaliação positiva, diz CNT/MDA". *R7*, Brasil, 26 fev. 2019. Disponível em: https://bit.ly/2EQ2jS2. Acesso em: 09 mar. 2019.

______. "Moradores protestam após Exército matar homem em favela da Maré, no Rio'. *R7*, Rio de Janeiro, 12 abr. 2014. Disponível em: https://bit.ly/2k3rup4. Acesso em: 27 fev. 2019.

Ramos, Silvia (coord.). *Intervenção federal: um modelo para não copiar*. Rio de Janeiro: CESeC, fev. 2019.

Rodrigues, André. *Homicídios na Baixada Fluminense: Estado, mercado, criminalidade e poder*. Rio de Janeiro: ISER, 2018.

Rossi, Marina e Betim, Felipe. “Coronel da reserva acusa general Mourão de favorecer empresa em contrato do Exército”. *El Pais*, Brasil, 8 ago. 2018. Disponível em: https://bit.ly/2P2r8MK. Acesso em: 09 mar. 2019.

Soares, Rafael. “Roubos explodem em regiões do Rio onde mortes pela polícia mais cresceram”. *Extra*, 24 fev. 2019. Disponível em: https://glo.bo/2VFoa3Y. Acesso em: 09 jul. 2019.

______. “Mortes pela polícia no primeiro trimestre de 2019 batem recorde histórico no Rio”. *Extra*, 28 abr. 2019. Disponível em: https://glo.bo/2Jip7ws. Acesso em: 09 jul. 2019.

Valente, Rubens. “Militares já se espalham por 21 áreas do governo Bolsonaro, de banco estatal à Educação”. *Folha de São Paulo*, São Paulo, 20 jan. 2019. Disponível em: https://bit.ly/2CvK025. Acesso em: 09 mar. 2019.

Vasconcelos, Frederico. “AJD considera inaceitável o pacote anticrime do ministro Sergio Moro”. *Folha de São Paulo*, 19 fev. de 2019. Disponível em: https://bit.ly/2Hf0Bey. Acesso em: 09 jul. 2019.

Veja. “Villas Bôas: ‘legitimidade de novo governo pode até ser questionada’”. *Veja*, 9 set. 2018. Acesso em: 09 mar. 2019.

Parte II

Constitucionalismo e Democracia: instituições judiciais, *accountability* e combate à corrupção

– 9 –
Independência do Poder Judiciário e corrupção: ainda em busca de uma relação

Bruno Alex Londero
Luciano Da Ros

1 Introdução

O nível de independência do Poder Judiciário afeta os níveis de corrupção no setor público? Ou, diretamente, tribunais mais independentes ajudam a reduzir a corrupção? A resposta usual a essas perguntas repete um mantra otimista professado especialmente por reformistas, operadores do direito e organizações internacionais, de acordo com o qual judiciários independentes são ingredientes essenciais a qualquer esforço bem-sucedido de redução da corrupção (Pope, 2000; Transparency International, 2007; Vogl, 2012). Isso ocorreria porque magistrados capazes de atuar livres da influência indevida de partes interessadas no insucesso de casos que julguem atos corruptos – isto é, elites políticas e empresariais – aumentariam a incerteza desses atores. A maior independência do Poder Judiciário ajudaria a reduzir a corrupção. Nesse sentido, por tornar a ameaça da imposição de sanções legais – civis e, sobretudo, criminais – crível a agentes corruptos (Rose-Ackerman, 1999; Della Porta e Vannucci, 1999). Derivado em especial da chamada "economia do crime",[1] este argumento é simples e intuitivo: magistrados independentes ajudariam a reduzir a impunidade de atores corruptos, produzindo um efeito dissuasório sobre outros casos e atores e ajudando a diminuir a incidência da corrupção.

Em que pese a plausibilidade e ampla aceitação do argumento, a literatura em Ciência Política, Economia, Sociologia e Direito é inconclusiva sobre a existência dessa relação do ponto de vista empírico. Inexiste, em outras palavras, consenso acadêmico sobre a significância da associação entre essas duas variáveis, uma vez

---

[1] A literatura sobre o tema é vasta, mas invariavelmente remonta ao estudo clássico de Becker (1968).

analisados os dados disponíveis a esse respeito. Apesar de diversas pesquisas já haverem buscado identificar essa relação de causalidade – ou, no pior dos casos, de mera correlação – essa não é observada com clareza em boa parte dos estudos existentes.

Dada essa ausência, este capítulo lança-se a mais um esforço nesse sentido. Em síntese, ele busca realizar outro teste empírico sobre o tema, o qual não parece ter sido realizado ainda: uma análise estatística linear multivariada entre um indicador amplamente citado na literatura de independência judicial *de facto*, elaborado por Feld e Voigt (2003), por um lado, e indicadores de percepção de corrupção baseados em *expert surveys*, como os famosamente elaborados por organizações como Transparency International e World Bank pelo outro. Assim, antes de almejar exaurir o tema, o capítulo busca apenas adicionar nova evidência à literatura de forma a subsidiar o debate sobre o enfrentamento da corrupção a partir da via judicial.

Em vista desses objetivos, este capítulo está organizado da seguinte forma. Na seção a seguir, apresentam-se os trabalhos publicados sobre o tema. Com essa revisão, almeja-se demonstrar a ausência de conclusões claras e seguras sobre esse debate, especialmente do ponto de vista empírico. Em seguida, são apresentadas a hipótese que orienta esse trabalho e a sua operacionalização das variáveis. Na seção posterior, os resultados são apresentados e discutidos. Em geral, eles não permitem afirmar haver essa relação, dada a amostra e as variáveis de controle adicionadas aos modelos econométricos testados. O capítulo encerra com uma breve discussão sobre os resultados, sugerindo, entre outras coisas, ampliar o foco da análise exclusivamente da independência do Poder Judiciário para abarcar a política pública mais ampla do que denomina *accountability* legal no que diz respeito ao controle da corrupção.

2 Uma pergunta, muitas respostas

Há um conjunto que não pode ser considerado inexpressivo de pesquisas que vêm sendo publicadas desde princípios da década passada sobre a relação entre independência do Poder Judiciário, por um lado, e corrupção no setor público, por outro. Conforme antecipado, todavia, apesar da ampla recomendação de dotar-se o Poder Judiciário de maior independência como um remédio indispensável para se reduzir a corrupção, os resultados empíricos são pouco conclusivos a respeito dos efeitos dessa medida. Esta seção apresenta brevemente os achados dessa literatura, baseando-se, sobretudo, em pesquisas publicadas em língua inglesa. De pronto, a

pergunta que informa tais pesquisas é a que orienta também este texto: há relação entre os níveis de independência do Poder Judiciário e os níveis de corrupção observados em diferentes contextos (isto é, países, estados, municípios)?

Grosso modo, a literatura pode ser dividida em dois grupos de estudos. Os primeiros são aqueles que mais diretamente abordaram a pergunta proposta. Eles buscam estabelecer, do ponto de vista estatístico, se há relação negativa e estatisticamente significativa entre as duas variáveis analisadas a partir de diferentes indicadores e desenhos de pesquisa. O segundo é mais indireto e busca compreender os efeitos de processos de intensificação da atividade do Poder Judiciário em casos de corrupção sobre os seus respectivos níveis. Complementarmente, esses mesmos estudos almejam verificar qual teria sido o papel exercido pelo Judiciário em casos de países que lograram sucesso em reduzir os seus níveis de corrupção.

Esses dois grupos de estudos produziram diferentes respostas para a pergunta proposta. Entre eles, o último grupo é possivelmente o menos otimista com relação à hipótese testada. Poucos parecem ter sido os casos conhecidos de redução sensível dos níveis de corrupção que tiveram como um dos seus vetores o incremento da atividade do Poder Judiciário nesses processos, salvo como consequência da melhoria de outros fatores que também ajudaram a reduzir a corrupção. Em paralelo, se as pesquisas pautadas em dados quantitativos não são mais otimistas, elas são apenas menos conclusivas. Com efeito, dependendo dos indicadores e dos desenhos de pesquisa utilizados, bem como da especificação dos modelos estatísticos empregados, os resultados divergem de pesquisa para pesquisa – ou mesmo dentro de uma mesma pesquisa. Alguns resultados observam a relação esperada, mas outros não. Isso posto, revisamos a literatura a seguir, iniciando-se pelos estudos de matriz quantitativa, dada a sua maior centralidade para esse trabalho.

Os primeiros estudos que buscaram examinar se magistrados mais independentes estão associados à redução da corrupção analisaram a questão especialmente por meio das comparações entre diferentes países – e quase sempre de forma *crosssectional*, dada a escassez de dados para a análise de séries temporais. Esse foi o caso daquele que é possivelmente o estudo pioneiro a abordar de forma empírica e sistemática o tema. Entre as diversas causas da corrupção testadas no famoso estudo de Treisman (2000), ele operacionaliza a variável “efetividade do sistema legal” a partir da história colonial pretérita dos países e de seu tipo de sistema jurídico. Países de colonização britânica e com sistemas do tipo *common law*, de acordo com o autor, seriam mais propensos a exibir judiciários mais

independentes e, assim, aumentariam as chances de exposição e de punição dos agentes corruptos, reduzindo a incidência de corrupção. Ainda que a operacionalização da variável independente seja apenas uma aproximação do conceito que a informa, o resultado do estudo corroborou a hipótese esperada, observando um impacto negativo e estatisticamente significativo da variável explicativa de interesse sobre os níveis de corrupção observados. Contudo, em estudo posterior, em que o mesmo autor replicou os testes anteriores, adicionando mais casos (países e anos) à sua amostra e variáveis de controle aos seus modelos econométricos, a significância estatística da variável relativa à efetividade do sistema legal dissipou-se, gerando, no mínimo, dúvidas sobre a rejeição ou não da hipótese (Treisman, 2007).

Em sentido semelhante, o estudo realizado por Sung (2002) realizou a análise de diversas variáveis que afetam os níveis de corrupção de quase uma centena de países. Valendo-se de um indicador desenvolvido pelo Fraser Institute para os níveis de independência do Poder Judiciário e de *expert surveys* da Transparency International para os níveis de corrupção, o estudo observa uma relação negativa entre as duas variáveis. No entanto, o coeficiente somente é estatisticamente significativo em um dos dois modelos em que ele é incluído. De igual forma, em que pese o relativamente extenso conjunto de variáveis independentes testadas, o autor não introduz variáveis de controle relativas ao nível de democracia dos diferentes países (atendo-se apenas a variáveis que auferem a existência ou não de partidos opositores) e, sobretudo, ao nível de desenvolvimento econômico.

Por sua vez, o estudo de Priks (2011) sugere haver uma relação positiva entre o nível de dependência do Judiciário e os níveis de corrupção. No caso, a variável dependente é medida a partir dos mesmos *expert surveys* da Transparency International e a variável independente é mensurada a partir de dados do U.S. Department of Justice que avaliam a influência do Poder Executivo sobre o Judiciário em diferentes países, também a partir de *expert surveys*. Os diferentes modelos testados pelo autor corroboram a hipótese examinada, sugerindo ainda que, mesmo quando o próprio Poder Judiciário é corrupto, sua mera independência ajudaria a reduzir a corrupção. Curiosamente, no entanto, o autor adiciona apenas parcialmente às suas análises o regime político dos diferentes países, incluindo variáveis relativas a direitos políticos, mas não a direitos civis. A ausência é importante porque sugere haver *ommited variable bias*. Variáveis diretamente relacionadas aos direitos civis, como a liberdade de imprensa, por exemplo, podem afetar tanto a independência do Poder Judiciário como o nível

de corrupção. Assim, sua exclusão é possivelmente problemática para as conclusões do autor.

Em recorte limitado à América Latina, outros estudos também já buscaram responder à pergunta proposta de forma quantitativa. Esse é o caso dos estudos de Ríos-Figueroa (2006, 2012), que modelaram a relação entre independência do Poder Judiciário e corrupção de forma não linear, mas quadrática. Haveria, de acordo com o argumento, um "nível ótimo" de independência do Poder Judiciário que reduziria a corrupção e que se situaria em algum ponto intermediário entre uma magistratura inteiramente dependente, por um lado, e completamente independente, por outro. Ao passo que a primeira estaria muito constrangida politicamente para apresentar uma ameaça real de punição às elites políticas, a segunda tornar-se-ia, ela própria, fonte de corrupção, dada a sua ampla discricionariedade e falta de *accountability*. Feitas essas considerações, o autor analisa quantitativamente mais de uma dezena de países latino-americanos por mais de 52 anos, mas não observa a relação esperada entre as diferentes métricas adotadas pelo autor para a independência do Poder Judiciário (que ele subdivide em interna e externa) e corrupção. Os seus resultados sugerem, contudo, que órgãos de persecução penal dotados de maior independência – compreendidos pelo autor como aqueles situados fora do Poder Executivo – estão associados a menores índices de corrupção.

Por sua vez, Urribarrí (2008) não examina diretamente a independência do Poder Judiciário, mas outras características – orçamento, salários dos juízes, número de magistrados, carga de trabalho – que integram e afetam o seu nível de independência. Tratando-se de uma análise apenas binária dos efeitos dos indicadores sobre os níveis de corrupção, o autor examina dezoito países latino-americanos e mensura a corrupção a partir de indicadores de *expert surveys*. Dos indicadores observados, contudo, somente um aparenta apresentar alguma relação negativa com os níveis de corrupção: o orçamento destinado ao Poder Judiciário. Vale frisar que a relação observada é tênue e encontra-se ausente de quaisquer variáveis de controle, o que introduz cautela sobre os achados do autor. Em relação a todas as demais variáveis independentes, os resultados são inconclusivos.

Ainda quanto aos estudos quantitativos na América Latina, a inovação do trabalho de Donoso (2009) consistiu, sobretudo, em adotar outro indicador para a variável dependente. Ao invés de valer-se de *expert surveys*, como praticamente todos os autores antes dele, o autor utilizou índices de vitimização da

corrupção, que mensuram a experiência dos cidadãos no dia a dia envolvendo práticas corruptas. Com base nessa forma de mensurar a variável dependente, o autor observa impacto negativo do nível de independência do Poder Judiciário sobre a incidência de corrupção em dois dos quatro modelos econométricos por ele testados, preponderantemente confirmando a hipótese.

Importa lembrar, todavia, que indicadores de vitimização da corrupção também não são isentos de viés, tais como os *expert surveys* de Transparency International e World Bank. Nestes, o viés é dado pelas percepções dos *experts* anonimamente entrevistados pelas respectivas organizações para construir seus indicadores. Incluindo acadêmicos, jornalistas e executivos de empresas multinacionais, esses indicadores prestam-se, sobretudo, a capturar variação quanto às percepções desses *experts*, especialmente quanto à chamada *grand corruption* – isto é, aquela que envolve elites políticas e empresariais em transações de altas somas de dinheiro e elevada sofisticação –, mas ignoram outras formas de corrupção. Por sua vez, indicadores de vitimização da corrupção, como os utilizados por Donoso (2009), capturam a chamada *petty corruption*, que é aquela que envolve as interações entre burocratas do nível de rua e sua clientela, geralmente em transações pouco sofisticadas e de baixos valores de dinheiro (Karklins, 2002, 2005; Rose-Ackerman e Palifka, 2016). Ao limitar sua análise apenas ao último caso, portanto, os resultados obtidos por Donoso (2009), mesmo que parciais, acabam não se aplicando a casos de corrupção envolvendo políticos e empresários, mas apenas burocratas de baixo escalão.

Finalmente, afastando-se das comparações entre países, tanto Ferraz e Finan (2011) como Litschig e Zamboni (2015) realizaram análises quantitativas subnacionais no Brasil de forma a identificar, entre outras coisas, o impacto da presença do Poder Judiciário em diferentes municípios – isto é, se estes são ou não sedes de comarca – sobre os níveis de corrupção destes, tal qual apurado pelas auditorias da Controladoria-Geral da União (CGU), decorrente de seu programa de sorteios públicos. Sugerindo que a presença do Poder Judiciário em um município incrementa a probabilidade de punição dos atores corruptos, Ferraz e Finan (2011) observam relação entre as variáveis em todos os seus modelos testados. Por sua vez, adotando outras especificações nos modelos econométricos testados, Litschig e Zamboni (2015) notam que apenas prefeitos em primeiro mandato (isto é, somente aqueles com incentivos decorrentes da possibilidade de concorrer à reeleição) apresentam comportamento menos corrupto quando seus respectivos municípios são comarcas judiciais. Em outras palavras, os auto-

res sugerem que o mecanismo por meio do qual a atuação do Poder Judiciário reduziria a corrupção não é exatamente a punição, mas a sua detecção e a sua publicização, as quais poderiam afetar negativamente as suas chances de reeleição.

Em comum a ambos os estudos, contudo, parece falta especificar se é a presença do Poder Judiciário ou do Ministério Público, ou apenas de ambos em conjunto, que está associada à redução da corrupção. Isso ocorre porque o fato de o município ser uma comarca frequentemente significa que ele possui tanto magistrados como promotores atuando na cidade de tal forma, que não é possível ter clareza sobre os efeitos independentes de cada uma dessas variáveis sobre os níveis de corrupção observados nos municípios. De igual forma, os dois trabalhos indicam apenas a presença do Judiciário nos municípios como variável de importância, sem discutir o seu nível de independência. Com efeito, embora não haja análises exaustivas a respeito do tema, as pesquisas existentes sugerem que os judiciários estaduais no Brasil exibem expressiva variação quanto à sua autonomia em relação às elites políticas locais e estaduais, por consequência, apresentando diferentes níveis de credibilidade na sua atuação em relação à corrupção (Da Ros, 2014; Ingram, 2016; Da Ros e Ingram, 2019).

Passando ao segundo grupo de trabalhos, ele não exibe a ênfase quantitativa do primeiro. Em geral, trata-se de estudos de caso e de análises comparativas aprofundadas que examinam (i) casos em que houve intensificação da atuação do Poder Judiciário em casos de corrupção, buscando verificar os efeitos desses esforços sobre essas práticas; e (ii) análises de trajetórias de países que exibiram melhora nos seus indicadores de corrupção, buscando verificar-se em que medida e de qual forma a atuação de um Poder Judiciário independente contribuiu para tanto. Alguns desses trabalhos encontram-se revisados brevemente a seguir.

Em primeiro lugar, há os trabalhos que examinaram casos de intensificação da atuação do Poder Judiciário em situações de corrupção e seus efeitos sobre os níveis de corrupção subsequentemente observados. O caso mais famoso e sobejamente citado no Brasil atual é a Operação Mani Pulite, ocorrida na Itália de 1992 a 1996 (della Porta, Vannucci, 2007; Vannucci, 2009). Como é sabido, embora a Operação tenha exercido papel central na promoção de uma intensa renovação das elites políticas do país, ela não parece ter contribuído para a mudança de suas práticas, de tal forma que os indicadores de corrupção observados seguem relativamente estáveis desde então na Itália. Outro exemplo conhecido nos Estados Unidos é o do estado de Illinois, onde o Judiciário federal vem exercendo papel rigoroso na aplicação de sanções penais – tendo, inclusive,

condenado criminalmente quatro ex-governadores ao longo dos últimos anos –, mas não parece estar havendo melhoria quanto aos níveis de corrupção observados (Merriner, 2004; Canary e Redfield, 2012; Gradel e Simpson, 2014). Em síntese, os poucos estudos que examinaram episódios de intensificação da atuação do Poder Judiciário no controle da corrupção apresentam um impacto reduzido dessas medidas.

Quanto aos trabalhos que examinam se houve participação de um Poder Judiciário mais independente na melhoria de indicadores de corrupção de países que lograram sucesso em reduzir tais práticas, poucos parecem ter sido os casos em que ele exerceu papel de centralidade. Embora seja comparativamente incorreto falar-se em uma trajetória única de redução da corrupção (Mungiu-Pippidi, 2016), as diferentes rotas identificadas na literatura sobre o tema não permitem atribuir papel de destaque a judiciários independentes como vetores centrais de mudança. Grosso modo, entre os "casos de sucesso" mais citados, há aqueles em que a redução da corrupção foi atingida, direta ou indiretamente, por meio de uma combinação de fatores como a maior profissionalização da burocracia, a redução dos estoques de rendas disponíveis junto ao estado, a redução na dominância de atores políticos e econômicos, a intensificação do sancionamento pela via administrativa e a maior institucionalização do sistema partidário, entre outros.[2]

Em diferentes níveis, as histórias de diferentes países ilustram essas tendências. Em parte, foi isso que ocorreu na Suécia e na Dinamarca, no século XIX, e nos Estados Unidos do final do século XIX e início do século XX, na chamada *progressive era*. De igual forma, isso se observou em países de onde se originaram medidas que hoje integram o rol de *best-practices* dos manuais de combate à corrupção internacionais, como as agências anticorrupção de Cingapura e de Hong Kong, na segunda metade do século XX. Finalmente, diferentes combinações desses fatores manifestaram-se em um rol relativamente variado de países que desde a década de 1990 parece ter obtido sucesso ao menos parcial nesse sentido – incluindo nações como Botswana, Chile, Coreia do Sul, Costa Rica, Estônia, Geórgia, Japão, Nova Zelândia, Ruanda, Taiwan e Uruguai (Mungiu-Pippidi, 2016; Taylor, 2018).

Com as possíveis exceções recentes de Japão e Costa Rica, em nenhum outro caso, reformas que dotaram o Poder Judiciário de maior independência

[2] A esses fatores, obviamente, somam-se outros que estão tradicionalmente associados ao decréscimo da corrupção no longo prazo, como melhorias nos níveis de educação e de riqueza, redução de desigualdades sociais e longevidade da democracia (Mungiu-Pippidi, 2016; Taylor, 2018).

parecem ter sido centrais às trajetórias de redução da corrupção. Quando isso se manifestou, ademais, geralmente foi em seguimento a outras medidas que colocaram o país em rota para reduzir a corrupção, sobretudo relativas ao aumento da competitividade eleitoral e à redução da dominância política (cf. Mechkova et al., 2019). Mesmo os casos de aumento de punição de atores corruptos tenderam a valer-se mais de sanções administrativas do que judiciais, como nos exemplos citados acima, das agências anticorrupção independentes de Cingapura e de Hong Kong (Manion, 2004; Quah, 2010).

3 A mesma pergunta, nova abordagem empírica

Dados os resultados acima, parece seguro assumir que não são claras as conclusões sobre os efeitos dos níveis de independência do Poder Judiciário sobre a corrupção no setor público do ponto de vista empírico. De forma a contribuir para esta agenda de pesquisa, o trabalho realiza um novo e relativamente simples teste dessa mesma hipótese. Assim, indaga-se novamente: há associação linear negativa e estatisticamente significativa entre os níveis de independência do Poder Judiciário, por um lado, e os níveis de corrupção no setor público, por outro? A resposta esperada a essa pergunta, de igual forma, é que há uma relação linear negativa entre as duas variáveis.

Para fins desta pesquisa, define-se independência do Poder Judiciário a partir de Ríos-Figueroa e Staton (2014), para quem o conceito congrega duas dimensões: autonomia e influência. Ao passo que a primeira denota a capacidade de magistrados realizarem decisões com base em suas preferências sinceras a respeito dos casos apresentados a eles, a segunda diz respeito ao nível de obediência e cumprimento, pelos outros poderes do estado e por agentes privados, às decisões judiciais. Em relação à corrupção no setor público, adota-se a definição tradicional tanto da literatura como dos organismos internacionais. Trata-se do uso indevido (ou abuso) da função pública para benefício privado (Philp, 1997; Warren, 2004).

Por fim, sugere-se linearidade quanto à relação esperada entre as variáveis por dois motivos. O primeiro deriva-se da revisão de literatura acima: a maioria dos estudos que observou um efeito significativo entre essas duas variáveis também o fez a partir de abordagens lineares. Assim, trata-se aparentemente da relação mais provável. Em segundo lugar, a noção de linearidade é coerente com os pressupostos *madisionianos* e *hamiltonianos* nos quais se assenta prati-

camente toda essa literatura. Sobre o primeiro, a linearidade coaduna-se com a ideia de freios e contrapesos: limites à independência à corrupção são, sobretudo, exógenos, sendo impostos de fora, e não de dentro. Assim, mesmo juízes excessivamente independentes irão impor constrangimentos aos demais atores – e, por consequência, serão constrangidos por eles, gerando-se incentivos para a redução de práticas corruptas. Em relação ao último, como o Poder Judiciário é por muitos considerado o poder "menos perigoso", a sua independência nunca é completa em relação aos outros poderes, deles sempre dependendo para obter recursos, casos, poderes e o cumprimento de decisões, entre outros.

Definidos os termos do debate, passa-se à abordagem empírica do trabalho. Esta inclui, sobretudo, a operacionalização das variáveis utilizadas na pesquisa. Estas, por sua vez, estão divididas em três grupos, discutidos abaixo: a variável independente, a dependente e as de controle.

Em relação à primeira, adota-se a mensuração dos níveis de independência do Poder Judiciário elaborada pelo amplamente citado estudo de Feld e Voigt (2003). Abordando 61 países de todos os continentes desde 1960, os autores realizaram um *expert survey* que busca identificar, para além das atribuições constitucionais ou legais formais, a chamada independência *de facto* do Judiciário a partir de sua interação com os outros poderes do Estado ao longo do tempo. Trata-se possivelmente do primeiro indicador dessa natureza desenvolvido na literatura, o qual, que seja de conhecimento deste autor, não teve testado seu efeito em relação aos níveis de corrupção observados nos diferentes países.[3] Finalmente, trata-se de indicador correlacionado de forma relativamente robusta com outros indicadores da área, sugerindo que ele captura adequadamente ao menos parte da variação do fenômeno que almeja mensurar.[4]

Sobre a variável dependente, o trabalho adota os índices de percepção de corrupção baseados em *expert surveys*, tanto da Transparency International como do World Bank. Embora, como já antecipado acima, haja reconhecidas limitações a essa abordagem (e.g., Razafindrakoto e Roubaud, 2009), ele captura *grand*

---

[3] No estudo de Feld e Voigt (2003), os autores buscavam identificar o impacto dessa variável sobre o crescimento econômico. No estudo de Priks (2011), citado acima, o autor inclui o indicador de Feld e Voigt (2003) apenas em sua *sensitivity analysis*, mas – como frisado acima – não parece incluir variáveis de controle suficientes.

[4] O índice proposto por Feld e Voigt (2003) exibe coeficientes de correlação de Pearson (r) oscilando entre 0.21 e 0.54 com outros indicadores de independência do Poder Judiciário (cf. Ríos-Figueroa e Staton 2014).

corruption de forma mais adequada do que indicadores de vitimização, havendo inclusive correlação com indicadores mais robustos de prática de corrupção por elites políticas dos diferentes países (Fisman e Miguel, 2007). Ao mesmo tempo, indicadores de *missing expenditures* ou derivados de auditorias (Golden e Picci, 2005; Olken, 2009), que seja de conhecimento deste autor, não estão disponíveis para a comparação entre vários países. Embora eles tendam a ser mais precisos, quase sempre se mostram mais afeitos a abordagens subnacionais.

Parcialmente por conta dessa sabida fragilidade dos indicadores, a pesquisa adotou o cuidado de trabalhar com dois deles, de forma a verificar se os resultados alteravam-se tendo em vista diferentes formas de mensurar a variável dependente.[5] O primeiro é o indicador *Corruption Perceptions Index* (CPI) da organização não governamental alemã Transparency International. Calculado desde 1995 com dados para quase 180 países, trata-se seguramente do indicador mais difundido da literatura. O segundo é o índice de *Control of Corruption* (CC) elaborado desde 2000 pelo World Bank, que hoje abarca ainda mais países. Em ambos os casos, tanto CPI como CC estão expressos na ordem de grandeza inversa aos propósitos deste trabalho. Isto é, em ambos os casos, valores mais altos nos indicadores denotam menores índices de corrupção no setor público. De forma a adequá-los a essa pesquisa, portanto, eles foram invertidos, de tal maneira que valores mais altos nos indicadores passem a exprimir maiores níveis de corrupção.

Finalmente, em relação às variáveis, de modo a dotar os modelos estatísticos do controle mínimo de covariantes, foram adotadas duas variáveis de controle. Isto é, uma vez que há razões plausíveis para supor que tanto os níveis de independência do Poder Judiciário como os níveis de corrupção sejam afetados por outras variáveis, duas delas foram incluídas na pesquisa. A primeira consiste em um indicador para "democracia liberal", tal qual calculado pelo *thinktank* estadunidense Freedom House. Ele captura tanto direitos políticos como civis, suprindo a aparente lacuna de Priks (2011). O segundo é um indicador de desenvolvimento econômico, o Produto Interno Bruto (PIB) *per capita*, tal qual calculado pelo World Bank, dada a sua ampla e persistente associação à corrupção e ao nível de independência do Poder Judiciário (Treisman, 2000, 2007).

Em todos os testes, dada a linearidade esperada da relação entre as variáveis, foram utilizados modelos de regressão de mínimos quadrados ordinários. Ainda,

---

[5] Em que pese o esforço de agregar diferentes indicadores para a variável dependente, esses dois indicadores utilizados são altamente correlacionados ($r = 0.9$).

as variáveis independente e de controle estão todas *lagged* em relação à variável dependente (antecedendo-lhe em um ano), de modo a minimizar problemas relativos à endogeneidade. Por fim, de forma a reduzir a possível influência de casos com valores extremos, que enviesaria os resultados, todas as variáveis foram normalizadas e padronizadas (oscilando apenas entre 0 e 1), bem como foram adotados desvios-padrão robustos à heteroscedasticidade.

4 Resultados

Esta seção descreve os resultados da abordagem empírica adotada. Ele procede em três partes. Primeiramente, apresenta o sumário estatístico descritivo. Depois, passa à inspeção gráfica da relação bivariada entre as variáveis independente e dependente. Por fim, apresenta os modelos multivariados testados, discutindo seus resultados.

A tabela 1, abaixo, sumariza as informações sobre as variáveis analisadas na pesquisa. As variáveis exibem o comportamento esperado. A principal limitação da abordagem é a variável independente. Ao passo que as demais variáveis possuem informações para quase 200 países, esta as possui para apenas 71. Esse indicador também já é relativamente antigo. Ele foi originalmente publicado em 2003, de tal forma que os dados de todas as demais variáveis foram buscados em anos próximos. Os dados de Feld e Voigt (2003) também são estáticos, não cobrindo outros anos. No entanto, trata-se de um dos únicos indicadores existentes de independência judicial que não se atém a aspectos formais da legislação, antes buscando capturar a dimensão *de facto* desse conceito – i.e., a interação do Poder Judiciário com os demais poderes estatais.[6]

Tabela 1 – Estatística Descritiva, coeficientes padronizados

Variável	N	Média	Desvio padrão	Mínimo	Máximo
Independência do Poder Judiciário	61	.5233233	.2792321	0	1

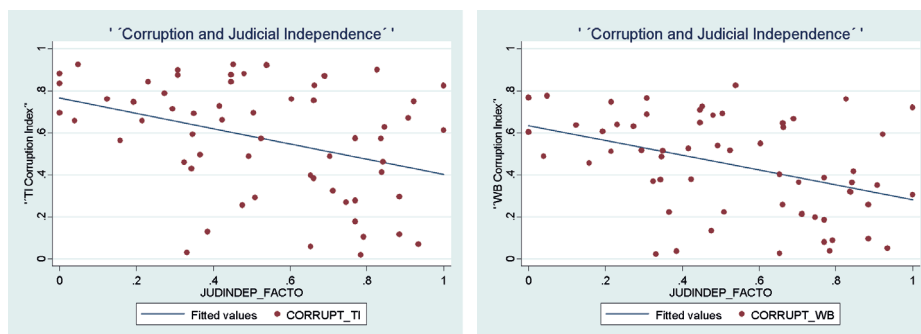
[6] Outro indicador é o de Linzer e Staton (2015), que abarca mais países e anos. Optou-se por utilizar o indicador de Feld e Voigt (2003), contudo, pela ausência de estudos que mensurem o seu impacto sobre a corrupção, antes de se proceder ao emprego de indicadores mais recentes.

Corrupção, Transparency International	179	.6854014	.2575594	0	1
Corrupção, World Bank	186	.557264	.2354117	0	1
Democracia Liberal	191	.5881326	.3317047	0	1
PIB per capita	177	.1254271	.1996019	0	1

Fontes: elaborado pelo autor, a partir de Feld e Voigt (2003), Transparency International (2004), World Bank (2003, 2004) e Freedom House (2003).

Por sua vez, a inspeção gráfica dos dados sugere suporte inicial à hipótese examinada. Como se pode ver nos dois gráficos de dispersão abaixo, a relação bivariada é negativa em ambos, conforme capturado pela linha de *best-fit*. Ainda que esta não seja uma linha acentuada, a conclusão é corroborada tanto por meio dos dados de CPI da Transparency International – cf. item (a) no gráfico 1– como de CC do World Bank – cf. item (b) no gráfico 1. Os gráficos ainda permitem uma conclusão aparentemente saliente: há menor dispersão dos dados para os casos com níveis mais baixos de independência do Poder Judiciário. Isso sugere haver uma relação mais segura entre níveis muito baixos de independência judicial e níveis muito elevados de corrupção. Contudo, parece inexistir essa mesma segurança para os casos de níveis mais altos de independência judicial e mais reduzidos de corrupção. Em outras palavras, independência judicial e corrupção parecem estar relacionadas quando ambas são muito problemáticas, mas não conforme o contexto afasta-se disso.

Gráfico 1 – Independência Judicial e corrupção

(a) Corrupção mensurada em CPI ***(b) Corrupção mensurada em CC***

Fonte: elaborado pelo autor, a partir de Feld e Voigt (2003), Transparency International (2004) e World Bank (2004).

Passando da inspeção gráfica à análise de regressão, o estudo apresenta os resultados de seis equações que buscam auferir o impacto dos níveis de independência do Judiciário sobre a corrupção. Nas três primeiras (Modelos 1A, 1B e 1C), a variável dependente foi mensurada a partir do indicador de CPI da Transparency International; e, nas três últimas (Modelos 2A, 2B e 2C), a variável dependente foi mensurada a partir do indicador de CC do World Bank. Os Modelos 1A e 2A são bivariados, expressando os coeficientes ilustrados no gráfico 1, acima. Os Modelos 1B e 2B são regressões multivariadas com uma variável de controle, o nível de "democracia liberal" dos países estudados. Por fim, os Modelos 1C e 2C são também regressões multivariadas, mas com duas variáveis de controle. Além da "democracia liberal", adiciona-se "desenvolvimento econômico" às equações. Os resultados desses seis modelos estão apresentados na tabela 2, exposta a seguir.

Tabela 2 – Variável Dependente: Corrupção (2004), erros-padrão robustos entre parênteses

Variável independente	1A	1B	1C	2A	2B	2C
Indep. Poder Judiciário	-0.363** (0.118)	-0.180 (0.109)	0.014 (0.075)	-0.352** (0.102)	-0.199* (0.092)	-0.022 (0.061)
Democracia Liberal	–	-0.55*** (0.123)	-0.157 (0.091)	–	-0.496*** (0.102)	-0.167* (0.073)
Desenv. Econômico	–	–	-0.957*** (0.106)	–	–	-0.807*** (0.086)
Constante	0.765*** (0.070)	1.075*** (0.092)	0.876*** (0.063)	0.632*** (0.061)	0.917*** (0.078)	0.743*** (0.053)
F-stat	9.53	16.62	53.41	11.83	19.99	62.87
Prob.> F	0.003	0.0000	0.0000	0.001	0.000	0.000
Adj. r2	0.126	0.346	0.730	0.155	0.392	0.762
N	60	60	59	60	60	59

*** significativo ao nível de 0.001; **significativo ao nível de 0.01; * significativo ao nível de 0.05.

A análise de regressão sugere que as conclusões derivadas da inspeção gráfica estavam apenas parcialmente corretas. O efeito da independência do Poder Judiciário sobre a corrupção é negativo em quase todos os modelos testados – a exceção é o Modelo 1C, em que o coeficiente é positivo. De igual forma, os coeficientes atingem os patamares mínimos de significância estatística apenas nas análises bivariadas (Modelos 1A e 2A) e em uma análise multivariada (Modelo 2B), que inclui apenas uma variável de controle. Em todos os demais casos (Modelos 1B, 1C e 2C), os coeficientes de regressão para a variável relativa à independência do Poder Judiciário não atingem os patamares mínimos de significância estatística. Isso significa que não parece haver qualquer impacto do nível de independência judicial sobre a corrupção, uma vez que tenham-se mantido constantes os níveis de democracia liberal e, sobretudo, de desenvolvimento econômico. O incremento significativo do coeficiente de determinação ajustado conforme se adicionam mais variáveis a cada modelo sugere a mesma conclusão. Com efeito, a capacidade preditiva das equações torna-se maior conforme as variáveis de controle são adicionadas. Em resumo, portanto, a análise de regressão realizada sugere que não é possível confirmar a hipótese de que os níveis de independência do Poder Judiciário impactem os níveis de corrupção,

uma vez introduzidas variáveis de controle relativas ao regime político e ao nível de desenvolvimento econômico dos países examinados.

Esses achados se coadunam com parte significativa da literatura sobre o tema, conforme revisado na segunda seção deste capítulo. Eles demonstram mais uma vez a dificuldade de se estabelecer a relação esperada. Por essa via, eles reforçam a cautela que se deve ter quando se sugere incrementar a independência do Poder Judiciário como forma de enfrentar a corrupção no setor público. Aparentemente, essa medida não funciona com a frequência esperada nos diferentes contextos. Com isso, não se trata de afirmar que juízes independentes são irrelevantes para o controle da corrupção. Ao contrário, o que parece mais promissor é analisar quais condições permitem que mudanças institucionais dessa natureza surtam os efeitos frequentemente atribuídos a elas.

5 Discussão e Conclusão

A relação entre independência do Poder Judiciário e corrupção parece seguir sendo uma incógnita empírica. Embora o argumento teórico que embasa a hipótese seja plausível e amplamente aceito na literatura, os resultados inconclusivos deste trabalho somam-se a tantos outros no mesmo sentido, conforme já revisado acima. Em vista desse aparente impasse, a única alternativa academicamente honesta é sugerir que se realizem mais pesquisas sobre o tema. À guisa de conclusão, esta seção apresenta recomendações a trabalhos futuros que busquem examinar as relações entre a independência do Poder Judiciário e a corrupção no setor público, as quais podem ser divididas basicamente em dois grupos: metodológicas e conceituais.

Iniciando-se pelas recomendações de cunho metodológico, e pensando do ponto de vista estritamente quantitativo, possivelmente a sugestão mais óbvia é que novas pesquisas sobre o tema adotem outros indicadores para as variáveis independente e dependente. Do ponto de vista dos indicadores de independência do Poder Judiciário, um exemplo seria aquele recentemente elaborado por Linzer e Staton (2015). Em relação à corrupção no setor público, embora os indicadores formulados a partir de *expert surveys* sejam correlacionados com outros indicadores (como os de vitimização, por exemplo), seria particularmente interessante empregar indicadores mais robustos, como aqueles de *missing expenditures* (e.g., Golden e Picci, 2005; Olken, 2009). A dificuldade em relação ao último, sabidamente, é a sua carência de dados comparáveis entre diferentes países. Nesse

sentido, abordagens comparativas subnacionais parecem promissoras, desde que tomados os devidos cuidados, como aqueles citados acima na revisão dos trabalhos de Ferraz e Finan (2011) e de Litschig e Zamboni (2015), por exemplo. Finalmente, outra sugestão para os estudos quantitativos seria a incorporação de abordagens longitudinais, de tal forma, variações temporais também sejam capturadas nas pesquisas.

Ainda do ponto de vista metodológico, é importante conduzir pesquisas comparativas qualitativas sistemáticas, analisando as trajetórias de países em relação à corrupção com foco específico nos papéis exercidos pelo Poder Judiciário nesse processo. A maioria dos estudos de trajetórias de países que realizaram a "transição" dos níveis mais elevados a mais reduzidos de corrupção consiste em abordagens do tipo "causas de um efeito" – isto é, esforços que se lançam a mapear todos os possíveis determinantes da "melhoria" observada. Como tal, esses estudos apresentam ao menos dois tipos de limitações que poderiam ser supridos por novos estudos. O primeiro refere-se ao desenho de pesquisa, que quase sempre incorre no equívoco de selecionar os casos com valores limitados em sua variável dependente. Utilizando apenas casos em que houve "melhoria" quanto aos indicadores de corrupção, essas pesquisas apresentam um conhecido viés decorrente da seleção de casos (King et al., 1994; Geddes, 2003). Porque essas pesquisas limitam sua análise a esses casos, inexiste comparação – e, por consequência, controle – com os casos de países em que a trajetória de "melhoria" nos indicadores de corrupção não se verificou, ou mesmo com casos que tenham apresentado piora em relação a eles. Como resultado, as conclusões alcançadas nesses trabalhos são quase sempre limitadas, para não dizer enviesadas. O segundo tipo de limitação das conclusões dessas pesquisas diz respeito ao seu foco. Uma vez que essas pesquisas indagam essencialmente sobre todos os fatores que teriam contribuído para a melhoria dos indicadores de corrupção nos casos examinados, quase sempre lhes falta foco específico sobre os papéis que o Poder Judiciário teria desempenhado nesse processo. Nesse particular, trata-se de uma questão de ênfase. Sugere-se aqui converter essas pesquisas qualitativas menos em amplos mapeamentos de todas as causas que simultaneamente teriam gerado as melhorias observadas e mais em pesquisas que busquem identificar o impacto específico de diferentes níveis de independência do Poder Judiciário sobre as trajetórias de melhoria ou não dos níveis de corrupção.

Do ponto de vista conceitual, por sua vez, a principal sugestão é ampliar o foco de uma categoria analítica relativamente estreita, como "independência do

Poder Judiciário", em direção a uma categoria mais ampla, como "*accountability* legal". Entendida como o processo por meio do qual sanções previstas em lei são impostas por agentes estatais a atores que incorreram em ilegalidades, não é difícil ver por que esse conceito liga-se ao funcionamento do Poder Judiciário (Bovens, 2007; Da Ros, 2019). Como órgão decisório da aplicação de sanções civis e criminais, os tribunais são partes fundamentais desse processo. Ao mesmo tempo, a *accountability* legal é um processo intrinsecamente interdependente e que, por isso mesmo, envolve diversas instituições. Antes de decidir se pune ou não agentes supostamente corruptos, esses agentes devem ser acusados. E quem realiza essa tarefa não é o Poder Judiciário, mas um órgão de persecução penal. Antes de haver uma acusação, por sua vez, é necessário que seja realizada uma investigação, algo que é feito por uma autoridade policial. E, finalmente, para que haja investigação, é preciso que os atos corruptos – que são, por definição, secretos – sejam desvelados e trazidos à luz do público, algo que frequentemente deriva dos esforços de instituições de monitoramento e de controle da administração pública em sentido amplo. Todas essas etapas antecedem qualquer sancionamento pelo Poder Judiciário. Assim, mais do que pensar estritamente no grau de independência da instituição responsável por essa última etapa no processo de *accountability* legal, é fundamental lembrar que o Poder Judiciário *depende* de várias outras instituições para ser efetivo no combate à corrupção. Por mais independentes que os magistrados sejam, pouco adiantará se inexistir o mínimo grau de independência nas demais instituições responsáveis pelo processo de *accountability* legal. Dito de outra forma, a independência judicial é possivelmente necessária para reduzir a corrupção no setor público, mas é isoladamente ineficaz. Talvez por isso exista parte da literatura que atribua à independência dos promotores o impacto significativo na redução da corrupção (Ríos-Figueroa, 2006, 2012; Van Aaken et al., 2004; Dandurand, 2007; Van Aaken et al., 2008). O mesmo possivelmente é válido para as demais instituições que exercem diferentes fases no processo de *accountability* legal. Como uma política pública, esse processo envolve não apenas o nível de independência de cada um dos órgãos responsáveis pela execução de suas funções, mas também suas capacidades institucionais. Assim, para além de se pensar apenas em variáveis relativas à independência dessas instituições, é fundamental pensar nos recursos que lançam mão para tanto. Entre outros, estes incluem pessoal, orçamento, expertise, motivações intrínsecas e extrínsecas e coordenação interna e externa aos órgãos envolvidos. Assim, o foco apenas em independência do Poder Judiciário

é sumamente incompleto: há não apenas outras instituições a serem examinadas, mas também outras dimensões de sua atuação. E, de forma a capturar essa literatura, talvez seja mais adequado pensar-se em uma categoria analiticamente mais ampla como *accountability* legal, bem como em seus diversos componentes e seus respectivos impactos sobre os níveis de corrupção observados.

Referências

Becker, Gary. "Crime and Punishment: An Economic Approach". *Journal of Political Economy*, v. 76, n. 2, p. 169-217, 1968.

Bovens, Mark. "Analyzing and Assessing Accountability: A Conceptual Framework". *European Law Journal*, v. 13, n. 4, p. 447-468, 2007.

Canary, Cynthia e Redfield, Kent. "Lessons Learned: What the Successes and Failures of Recent Reform Efforts tell us about the prospects for Political Reform in Illinois". *The Simon Review*, v. 33, p. 1-88, 2012.

Dandurand, Yvon. "Strategies and Practical Measures to Strengthen the Capacity of Prosecution Services in Dealing with Transnational Organized Crime, Terrorism and Corruption". *Crime, Law and Social Change*, v. 47, n. 4-5, p. 225-246, 2007.

Della Porta, Donatella; Vannucci, Alberto. *Corrupt Exchanges: Actors, Resources, and Mechanisms of Political Corruption*. New York: Aldine de Gruyter, 1999.

______ e ______. "Corruption and Anti-Corruption: The Political Defeat of 'Clean Hands' in Italy". *West European Politics*, v. 30, n. 4, p. 830-853, 2007.

Da Ros, Luciano. *Mayors in the Dock: Judicial Responses to Corruption in Local Brazil* (Tese). University of Illinois at Chicago, 2014.

______. "*Accountability* Legal e Corrupção". *Revista da CGU*, n. 11 (20), 2019, p. 1.251-1.275.

______ e Ingram, Matthew C. "Subnational Judicial Politics in Brazil". In Sterett, Susan M. e Walker, Lee D. (org.). *Research Handbook on Law and Courts.* Cheltenham: E. Elgar, 2019.

Donoso, Juan C. *A Means to an End: Judicial Independence, Corruption, and the Rule of Law in Latin America* (Tese). Vanderbilt University, 2009.

Feld, Lars e Voigt, Stefan. "Economic Growth and Judicial Independence: Cross Country Evidence Using a New Set of Indicators". *European Journal of Political Economy*, v. 19, p. 497-527, 2003.

Ferraz, Claudio e Finan, Frederico. "Electoral Accountability and Corruption: Evidence from the Audits of Local Governments". *American Economic Review*, v. 101, n. 4, p. 1.274-1.311, 2011.

Fisman, Raymond e Miguel, Edward. "Corruption, Norms, and Legal Enforcement: Evidence from Diplomatic Parking Tickets". *Journal of Political Economy*, v. 115, n. 6, p. 1.020-1.048, 2007.

Geddes, Barbara. *Paradigms and Sand Castles: Theory Building and Research Design in Comparative Politics*. Ann Arbor: University of Michigan Press, 2003.

Golden, Miriam A.; Picci, Lucio. Proposal for a New Measure of Corruption, Illustrated with Italian Data. *Economics & Politics*, v.17, n.1, p. 37-75, 2005.

Gradel, Thomas J. e Simpson, Dick. *Corrupt Illinois: Patronage, Cronyism, and Criminality*. Urbana: University of Illinois Press, 2014.

Ingram, Matthew C. *Crafting Courts in New Democracies: The Politics of Subnational Judicial Reform in Brazil and Mexico*. Cambridge: Cambridge University Press, 2016.

Karklins, Rasma. "Typology of Post-Communist Corruption". *Problems of Post-Communism*, v. 49, n. 4, p. 22-32, 2002.

______. *The System Made Me Do It: Corruption in Post-Communist Societies*. Armonk: M.E. Sharpe, 2005.

King, Gary et al. *Designing Social Inquiry: Scientific Inference in Qualitative Research*. Princeton: Princeton University Press, 1994.

Linzer, Drew e Staton, Jeffrey K. "A Global Measure of Judicial Independence, 1948-2012". *Journal of Law and Courts*, v. 3, n. 2, p. 223-256, 2015.

Litschig, Stephan e Zamboni, Yves. "Judicial Presence and Rent Extraction". *Barcelona GSE Working Paper Series*, Working Paper, n. 796, 2015.

Manion, Melanie. "Lessons for Mainland China from Anti-Corruption Reform in Hong Kong". *The China Review*, v. 4, n. 2, p. 81-97, 2004.

Mechkova, Valeriya et al. "The Accountability Sequence: From De-Jure to De-Facto Constraints on Government". *Studies in Comparative International Development*, v. 54, n. 1, p. 40-70, 2019.

Merriner, James L. *Grafters and Goo-Goos: Corruption and Reform in Chicago*. Carbondale: Southern Illinois University Press, 2004.

Mungiu-Pappidi, Alina. "Learning from Virtuous Cycles". *Journal of Democracy*, v. 27, n. 1, p. 95-109, 2016.

Olken, Benjamin. "Corruption Perceptions vs. Corruption Reality". *Journal of Public Economics*, v. 93, p. 950-964, 2009.

Philp, Mark. "Defining Political Corruption". *Political Studies*, v. 45, n. 3, p. 436-462, 1997.

Pope, Jeremy. "TI Source Book 2000". *Confronting Corruption: The Elements of a National Integrity System*. Berlin: Transparency International, 2000.

Priks, Mikael. "Judiciaries in Corrupt Societies". *Economics of Governance*, v. 12, n. 1, p. 75-88, 2011.

Quah, Jon S. T. "Defying Institutional Failure: Learning from the Experiences of Anti-Corruption Agencies in Four Asian Countries". *Crime, Law and Social Change*, v. 53, n. 1, p. 23-54, 2010.

Razafindrakoto, Mireille e Roubaud, François. "Are International Databases on Corruption Reliable? A Comparison of Expert Opinion Surveys and Household Surveys in Sub-Saharan Africa". *World Development*, v. 38, p. 1.057-1.069, 2009.

Ríos-Figueroa, Julio. *Judicial Independence: Definition, Measurement, and its Effects on Corruption – An Analysis of Latin America* (Tese). New York University, 2006.

______. "Justice System Institutions and Corruption Control: Evidence from Latin America". *Justice System Journal*, v. 33, n. 2, p. 195-214, 2012.

______ e Staton, Jeffrey K. "An Evaluation of Cross-National Measures of Judicial Independence". *Journal of Law, Economics and Organization*, v. 30, n. 1, p. 104-137, 2014.

Rose-Ackerman, Susan. *Corruption and Government: Causes, Consequences, and Reform*. New York: Cambridge University Press, 1999.

______ e Palifka, Bonnie J. *Corruption and Government: Causes, Consequences, and Reform*. 2. ed. Cambridge: Cambridge University Press, 2016.

Sung, Hong-En. "A Convergence Approach to the Analysis of Political Corruption: A Cross--National Study". *Crime, Law and Social Change*, v. 38, n. 2, p. 137-160, 2002.

Taylor, Matthew M. "Getting to Accountability: A Framework for Planning and Implementing Anticorruption Strategies". *Deadalu*, v. 147, n. 3, p. 63-82, 2018.

Transparency International. "Global Corruption Report 2007: Corruption in Judicial Systems". Cambridge: Cambridge University Press, 2007.

Treisman, Daniel. "The Causes of Corruption: A Cross-National Study". *Journal of Public Economics*, v. 76, p. 399-457, 2000.

______. "What Have We Learned about the Causes of Corruption from Ten Years of Cross--National Empirical Research?". *Annual Review of Political Science*, v. 10, p. 211-244, 2007.

Urribarrí, Raúl Sánchez. "Characteristics of the Judiciary vs. Corruption Perception". *Sistemas Judiciales*, v. 13, p. 88-99, 2008.

Van Aaken, Anne et al. "The Prosecution of Public Figures and the Separation of Powers. Confusion within the Executive Branch – A Conceptual Framework". *Constitutional Political Economy*, v. 15, n. 3, p. 261-80, 2004.

______ et al. "Power over Prosecutors Corrupts Politicians: Cross Country Evidence Using a New Indicator". Law and Economics Workshop, Berkeley Program in Law and Economics, 2008.

Vannucci, Alberto. "The Controversial Legacy of 'Mani Pulite': A Critical Analysis of Political Corruption and Anti-Corruption Policies". *Bulletin of Italian Politics*, v. 1, n. 2, p. 233-264, 2009.

Vogl, Frank. *Waging War on Corruption: Inside the Movement Fighting Abuse of Power*. Lanham: Rowman and Littlefield, 2012.

Warren, Mark E. "What Does Corruption Mean in a Democracy?". *American Journal of Political Science*, v. 48, n. 2, p. 328-343, 2004.

– 10 –
O Ministério Público na América Latina: autonomia e discricionariedade

Córa Hagino
Fábio Kerche

1 Introdução

Os Estados possuem um órgão responsável pela ação penal. A missão de processar alguém criminalmente não é tarefa deixada aos cuidados dos cidadãos. De maneira geral, são os promotores[1] os encarregados de levar ao Poder Judiciário as matérias penais (Fionda, 1995; Kerche, 2009; Tonry, 2012). Ao selecionar e priorizar quais casos irão ser julgados pelos juízes, exercendo o papel de *gatekeeper* do Sistema de Justiça (Aaken et al., 2010) e, em alguns modelos, negociar penas com réus,[2] os promotores também participam da construção da sentença [*sentencing*] "por meio da decisão das acusações do indiciamento, tipo de julgamento e assim por diante" (Fionda, 1995, p. 1).

A organização desses órgãos, contudo, difere radicalmente entre os países (Tonry, 2012, p. 1). Como se dá a seleção de seus integrantes, o tipo de carreira, o grau de discricionariedade, a hierarquia, a posição na estrutura do Estado, entre outras características, são diferenças identificáveis nas democracias. Nem mesmo a denominação do órgão (ver quadro 1) ou o título recebido por seus integrantes é igual. Neste capítulo, utilizaremos "promotores" e "Ministério Público" para os atores e órgãos encarregados da ação penal por uma questão de conveniência.

---

1 Em alguns casos, como na Inglaterra até os anos 1990, a própria Polícia podia se encarregar da ação penal (Fionda, 1995).

2 Nos Estados Unidos, por exemplo, 95% das penas são resultado de negociação (*plea bargain*) entre o promotor e o advogado de defesa (Tonry, 2012).

Quadro 1 – Denominação dos Órgãos Responsáveis pela Ação Penal

País	Nome
Alemanha	Staatsanwaltschaft
Brasil	Ministério Público
Canadá	Public Prosecution Service
Escócia	Procurator Fiscal Service
Espanha	Ministerio Fiscal
Estados Unidos/Federal	US Attorneys' Office
Estados Unidos/Distritais	District Attorney's Office
França	Ministère Public
Holanda	The Dutch Openbar Ministerie
Inglaterra	Crown Prosecution Service
Itália	Pubblico Ministero
Portugal	Ministério Público

Fonte: Kerche, 2009.

Essa grande diversidade de desenhos e particularidades institucionais não impede que algumas classificações sejam possíveis. Esse esforço foi feito, por exemplo, por Aaken et al. (2010), mas com resultados questionáveis. Para se ter uma ideia, segundo o levantamento desses autores, os *US Attorneys* norte-americanos são muito mais independentes *de facto* do que os promotores brasileiros. Para mostrarmos o quão equivocada é essa observação, basta lembrarmos que Donald Trump, ao assumir a presidência dos Estados Unidos, demitiu 46 promotores federais (Público, 2019), o que revela a subordinação dos promotores com a chefia do Executivo.

Por outro lado, do ponto de vista da democracia e da análise política, entendemos que a mais produtiva análise é aquela que agrupa os modelos baseados nos critérios de *accountability* e discricionariedade e que se insere no debate sobre atores não eleitos, como a burocracia e a democracia (Kerche, 2009, 2018).

Pelo critério da *accountability*, o que se procura entre a diversidade de Ministérios Públicos é observar para qual ator externo ao órgão os promotores prestam contas de seus atos e escolhas e a quem respondem, podendo ser punidos ou premiados por sua atuação. Por esse critério, portanto, a ligação formal (*de jure*) do órgão num determinado Poder de Estado não demonstra (*de facto*) para quem o promotor efetivamente presta contas. Ou seja, um Ministério Público

constar na legislação como membro do Poder Judiciário ou independente, por exemplo, não significa que o governo não detém instrumentos institucionais para estimular certos comportamentos desejados pelo Poder Executivo.

Para que a *accountability* seja efetivamente uma ferramenta democrática, esse ator externo que pesa nas decisões e nas escolhas tomadas pelos promotores deve ser alguém ou um órgão ou Poder com independência e sem laços organizacionais com aquele que é fiscalizado. Assim, o acompanhamento feito por corregedores, por exemplo, embora importante para o funcionamento de um órgão estatal e para a criação de uma política institucional, é o tipo de *accountability* menos relevante para a análise política quando se tem como referência o debate em torno da democracia. Portanto, mesmo existindo diferentes tipos de *accountability* (Bovens et al., 2014), ainda é possível e relevante reuni-los em dois grandes grupos: vertical e horizontal (O'Donnell, 1998).

A *accountability* vertical é aquela exercida pelos eleitores nas eleições que, de forma regular e direta, punem ou premiam os políticos por suas escolhas e ações. Isso serve de incentivo para que os políticos, que continuarão disputando eleições pessoalmente ou por meio de seus partidos, não percam de vista os interesses de seus eleitores quando tomarem suas decisões, optarem por certas políticas públicas e orientarem a burocracia pública.

A *accountability* horizontal, por sua vez, é aquela exercida por órgãos e atores estatais em relação a outros órgãos e atores na estrutura do Estado. Elas podem ser categorizadas em dois grandes tipos: a exercida pelo Poder Judiciário e a exercida por políticos e por agências estatais.

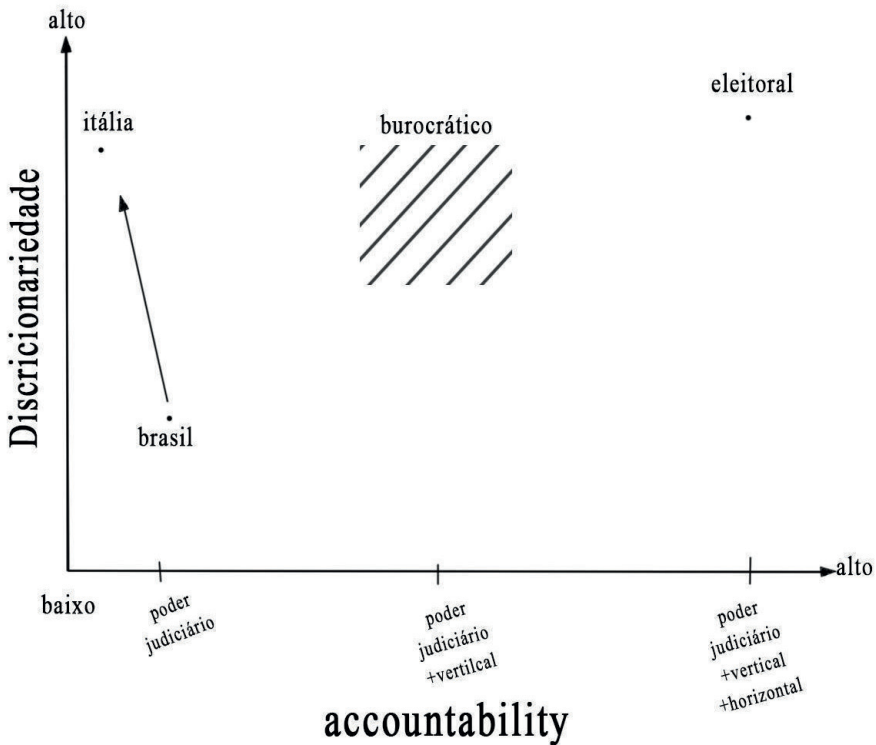
Baseadas nessa tipologia, existem quatro combinações possíveis, em ordem decrescente, que serão distribuídas no eixo da *accountability* da figura 1: i) um ator/órgão ser *accountable* verticalmente e horizontalmente; ii) um ator/órgão ser *accountable* horizontalmente por outros órgãos e pelo Judiciário; iii) um ator/órgão ser *accountable* pelo Judiciário; e iv) um ator/órgão não ser *accountable* (Kerche, 2018).

A outra variável é a discricionariedade. Atores estatais detêm graus diversos sobre o que podem deliberar e qual o grau de liberdade para fazê-lo. Portanto, discricionariedade envolve um "espaço para escolhas legais garantido formalmente" (Lotta e Santiago, 2018, p. 23) ou "algum grau de arbitrariedade [...] dentro dos limites legais de sua atuação" (Lotta e Santiago, 2018, p. 24).

Um político pode decidir de forma livre sobre uma gama expressiva de assuntos, escolhendo, segundo seus próprios critérios, qual a política que deve

ser adotada. Um burocrata de "nível de rua" atua em um campo mais restrito de assuntos e tem liberdade menor para decidir algo que já não esteja previsto na descrição de suas funções. Essa maior ou menor discricionariedade é representada no eixo correspondente da figura 1.

Tendo essas duas variáveis como referência, pode-se dizer que existem três grandes modelos de Ministério Público encontrados nas democracias, embora com variações do grau de *accountability* e de discricionariedade entre países de um mesmo modelo. O detalhamento desses modelos e suas diferenças entre as democracias consolidadas e o Brasil são os pontos que apresentaremos na parte seguinte deste capítulo.

Representação Gráfica 1 – Discricionariedade e Autonomia

Fonte: Kerche, 2018.

2 O Modelo Burocrático

O modelo mais comum de um órgão encarregado da ação penal, pelo menos entre as democracias mais consolidadas, é o burocrático. Nos países que o adotam, os promotores são *accountable* ao governo, por meio da ligação com o ministro da Justiça,[3] e apresentam os casos ao Poder Judiciário, que pode concordar ou discordar da proposta do Ministério Público.

Em relação à discricionariedade, há uma maior ou menor liberdade para os promotores tomarem decisões sobre casos específicos, mas, em geral, devem observar as orientações da chefia e responder aos seus superiores hierárquicos por suas escolhas. A vantagem desse modelo é que os promotores são *accountable* e observam as prioridades do Ministério da Justiça e do governo, respondendo, ao menos indiretamente, aos cidadãos. A desvantagem, contudo, é que, quando um acusado é membro do próprio governo, o promotor terá menos autonomia para agir.

O que se observa aqui não é apenas a ligação formal do órgão com um Poder de Estado. Diversos Ministérios Públicos do modelo burocrático são, segundo a legislação, parte do Poder Judiciário. Na prática, contudo, por meio de alguns instrumentos institucionais, o governo pode estimular ou coibir comportamentos e escolhas dos promotores. Ou seja, há uma ligação *de facto*, mas nem sempre *de jure*, com o Poder Executivo no modelo burocrático.

Na França, por exemplo, embora o Ministério Público forme com o Poder Judiciário um corpo único, o promotor é aquele que, ao apresentar um caso concreto ao juiz, leva em conta as determinações gerais do governo. Agindo assim, o promotor limita a "ação do juiz", aplicando orientações do "poder político" (Terquem, 1998, p. 31), regulamentando as atividades do Judiciário pelo Poder Executivo (Nicod, 1994).

O ministro da Justiça pode dar instruções sobre casos específicos e, embora o promotor tenha a "liberdade da palavra", sua carreira pode ser prejudicada caso não observe as recomendações, já que as promoções são decididas pelo Conselho Superior da Magistratura controlado pelo Executivo. A *accountability* democrá-

---

[3] "Na Tailândia, entretanto, o Departamento da Promotoria do Ministério do Interior tornou-se independente do procurador geral (*attorney general*) em 1991. Agora está diretamente abaixo do primeiro ministro" (Worrall, 2008, p. 15).

tica se dá quando "O governo faz as escolhas individuais e coletivas e assume a responsabilidade frente ao Parlamento e à Nação" (Lyon-Caen, 1994, p. 58).

O caso Holandês é outro exemplo de um Ministério Público que, embora ligado *de jure* ao Judiciário, mantém ligações com o governo. O ministro da Justiça indica os cinco procuradores-gerais, que organizam e publicam orientações genéricas sobre o tipo de atuação que os demais promotores deveriam seguir. De maneira geral, os promotores orientam-se por essas diretrizes, embora gozem de um razoável grau de discricionariedade, tendo liberdade para decidir não levar alguns casos para o Poder Judiciário. Após 1990, uma decisão da Alta Corte do país determinou que as orientações formuladas pelo

> conselho oficial accountable pelo público (como os cinco procuradores-gerais ou o Ministério da Justiça), tenham o status de lei. Determinou também que um juiz deve, dessa forma, examinar as atividades do promotor, em cada caso, para avaliar a compatibilidade com aquelas diretrizes. Esse controle sobre o uso do poder de arbítrio do promotor tem como objetivo evitar abusos aos direitos processuais do acusado e assegurar que a lei seja aplicada de forma justa e com equidade (Fionda, 1995, p. 126).

A Espanha também possui um órgão responsável pela ação penal que, mesmo formalmente ligada ao Poder Judiciário, é *accountable de facto* pelo governo do país. O chefe do Ministério Público é o *fiscal general del Estado*, que pode dar instruções gerais e ordens específicas sobre qualquer assunto tratado pelos demais promotores. Sua indicação é proposta pelo governo, sendo também ouvido o Conselho Geral do Poder Judiciário, e é nomeado pelo rei. A exigência é que seja um jurista com reconhecido prestígio e com mais de quinze anos de exercício da profissão de advogado.

A demissão pode ocorrer pelo mesmo processo, revelando que o governo tem ascendência sobre o Ministério Público, que é uma organização hierárquica, principalmente por meio do *fiscal general*. O ministro da Justiça, ou o próprio chefe do governo diretamente (Segado, 1992), pode dar orientações ao chefe do Ministério Público da Espanha, e este, aos promotores subordinados.

Mesmo com essa *accountability* do governo por meio da hierarquia, a discricionariedade é relativamente menor graças à previsão do princípio da obrigatoriedade. "Sob esse princípio, é obrigatória a instauração de processo para todos os delitos sobre os quais existam evidência de culpa do acusado, e o critério

de interesse público é irrelevante na tomada de decisão do promotor" (Fionda, 1995, p. 9).[4]

Na Alemanha, os promotores obedecem a uma estrutura hierarquizada, tendo como chefe o ministro da Justiça federal ou do respectivo *länder*, para o caso de promotores estaduais, mesmo a legislação prevendo o Ministério Público como integrante do Poder Judiciário. Essa hierarquia aproxima o órgão do governo. Ainda que regidos pelo princípio da obrigatoriedade,

> tem operado no processo alemão o princípio de oportunidade, permitindo ao promotor solicitar o arquivamento certamente contemplado previamente na legislação processual (daí é que se fala em discricionariedade regrada) tais como mínima lesão social, reparação à vítima, reinserção do indiciado, etc. (Paes, 2003, p. 102).

Além disso, como os promotores controlam as investigações criminais (Worrall, 2008), há espaço para interferências, como atesta o depoimento de um promotor alemão: "Se o superior lhe diz para terminar ou continuar um inquérito, não se pode nunca, ou melhor, pode-se raramente descobrir, se haveria razões de fato, razões pessoais ou razões de pura política para a instrução dada" (Walter-Freise, 1994, p. 99).

Na Inglaterra, a ligação do governo com o Ministério Público é *de jure* e *de facto*. O Crown Prosecution Service "como um todo é *accountable* pelo Parlamento por meio do Attorney-General; e este responde à Câmara Baixa pela condução geral da política de promoção da ação penal" (Fionda, 1995, p. 60). Os promotores ingleses podem decidir se um caso merece ser levado aos tribunais baseados na suficiência de provas e no interesse público, o que permite um alto grau de discricionariedade. Assim, há espaço para que a decisão seja influenciada, "inevitavelmente, dos valores pessoais do promotor sobre o próprio processo" (Baldwin, 1997, p. 5).

O Canadá é outro país que adota um Ministério Público ligado ao governo e *accountable* pelos políticos. Isso é feito por meio de uma estrutura hierárquica que tem como chefe o ministro da Justiça na esfera federal e seus assemelhados nas províncias. O Attorney General pode, inclusive, retirar as acusações feitas pelos

---

4 "Embora esta distinção conceitual [dos dois princípios] seja inequívoca, empiricamente, pode-se observar que promotores, em quase todo lugar, gozam de algum grau de discricionariedade explícita nas suas decisões de indiciar (ou não indiciar)" (Aaken et al., 2010, p. 217).

promotores federais mesmo quando estas já tenham sido apresentadas ao Poder Judiciário. Os promotores detêm um razoável grau de discricionariedade, baseado nos mesmos critérios ingleses da suficiência de provas e do interesse público.

Na Escócia, o órgão responsável pela condução da ação penal e pela coordenação da polícia nas investigações dos casos mais graves é ligado ao governo. É por meio de orientações sobre como os promotores devem conduzir-se em relação a crimes específicos e a orientações de cunho geral feitas pelo *Lord Advocate* e pelo *Solicitor General*, membros do Scottish Law Officer, indicados pelo Parlamento, que se busca determinar uma linha de atuação coerente para os promotores. Por meio de relatórios, há um acompanhamento geral das diversas regiões. Embora não haja fiscalização sobre casos em particular, a não ser que solicitada por algum cidadão, é por meio desses números que a cúpula da instituição pode detectar erros ou desvios de função do promotor (Fionda, 1995).

O grau de discricionariedade dos promotores escoceses é significativo e também baseado nos princípios da existência das provas e do interesse público. Nenhum crime, a princípio, é obrigatoriamente processável. O promotor pode decidir por penas alternativas (como multa ou reparação dos danos, por exemplo) sem precisar da homologação do Poder Judiciário, e somente o *Lord Advocate* pode obrigar o promotor a apresentar um caso ao Judiciário.

Portugal é um dos países onde está presente a dicotomia da independência *de jure* e *de facto*. Se o critério fosse apenas a legislação portuguesa, o Ministério Público seria classificado como mais um exemplo do modelo independente, juntamente com o Brasil e a Itália. Isso porque há a previsão de autonomia em relação aos demais órgãos, inclusive à magistratura judicial. No entanto, o Ministério Público de Portugal encontra-se mais próximo do modelo burocrático por causa de sua estrutura hierarquizada.

Os promotores devem obedecer às diretivas e ordens do procurador-geral da República sob pena de punição. E é o procurador-geral o único magistrado do Ministério Público do país sujeito à designação pelo poder político. Desse modo, assenta na dupla confiança do presidente da República e do Governo, sendo a nomeação e a exoneração feitas pelo chefe de Estado sob proposta do primeiro-ministro.

A escolha do procurador-geral da República não está vinculada a qualquer área de recrutamento ou exige especiais requisitos de formação. Por outro lado, o acesso a posições superiores na estrutura do Ministério Público português faz-se por promoção, que ocorre mediante os critérios de antiguidade e mérito.

Mesmo nos casos de promoção por antiguidade, o mérito também é verificado, somente sendo promovido o promotor avaliado com grau, no mínimo, bom, o que não garante proteção em relação a ingerências superiores.

Quanto à discricionariedade, Portugal adota o princípio da legalidade como regra geral, mas, no arquivamento em caso de dispensa de pena, na suspensão provisória do processo, no processo sumaríssimo e na mediação penal, prevalece o princípio da oportunidade. A medição penal possibilitou, desde 2007, que o Ministério Público português negocie as penas dos acusados nos crimes considerados menos graves[5] no ordenamento jurídico.

Nos Estados Unidos, em nível federal, os promotores com alto grau de discricionariedade são indicados pelo presidente, com aprovação do Senado federal, para um mandato de quatro anos, podendo ser demitidos pela exclusiva decisão do chefe do Executivo. Em 2017, como já mencionamos, o presidente Donald Trump demitiu 46 dos 94 *U.S. Attorneys* de uma única vez. Os cargos, portanto, são de confiança do presidente, sendo que os seus ocupantes geralmente são ligados ao partido político que ocupa a chefia do governo e "com algum grau de lealdade e de conexão ideológica com o presidente" (Worrall, 2008, p. 4).

A escolha dos promotores federais mescla características técnicas e políticas, sendo eles os responsáveis pela aplicação das determinações federais nos 94 distritos espalhados por todo o território norte-americano. A *accountability* aqui é realizada pelo governo de forma clara e direta.

O promotor não detém a exclusividade das ações em seu distrito, já que o monopólio é do governo e não do integrante individualmente. O ministro da Justiça, o *attorney general*, pode indicar outro advogado do Departamento de Justiça para casos mais complexos e que exijam especialização. Ações de antitruste, casos de direitos civis, imigração e naturalização, desacato ao Congresso etc. podem sofrer a interferência do Departamento de Justiça.

> O Departamento estabeleceu seus poderes formais de supervisão de três maneiras: ao criar políticas e regras gerais de procedimento; pela supervisão direta, a partir de Washington, sobre o encaminhamento de casos específicos; e até mesmo assumindo casos específicos (Eisenstein, 1968, IV-19).

[5] São os crimes contra as pessoas ou crimes contra o patrimônio que dependem apenas de queixa. Mesmo nessas hipóteses, estão excluídos os crimes com pena de prisão superior a cinco anos, que se trate de processo por crime contra a liberdade ou autodeterminação sexual, crimes de peculato, corrupção ou tráfico de influência, ou quando o ofendido for menor de 16 anos.

3 O Modelo Eleitoral

O modelo eleitoral é o menos comum nas democracias. Os Estados Unidos, em nível estadual[6] e, principalmente, nos condados, escolhem seus promotores por meio de eleições regulares, em um processo semelhante à disputa de qualquer outro cargo público, sofrendo os mesmos incentivos e restrições de outros políticos.[7] Assim como o modelo burocrático, os promotores locais dos Estados Unidos são *accountable* por atores externos, e não somente pelo Poder Judiciário, como no modelo independente.

Dos 50 estados norte-americanos, 45 escolhem por meio do voto dos cidadãos os *District Attorneys*, atores que exercem "um peculiar poder híbrido, político e quase judicial" (Jacoby, 1980, p. 15). Ou, dito de outra forma, os promotores locais norte-americanos "têm um pé lá e outro cá na linha que separa tribunais da política"[8] (Worrall, 2008, p. 4).

A *accountability* vertical e direta assegura aos promotores o maior grau de discricionariedade e de autonomia para atuar independentemente da participação de um juiz. Ou seja, o modelo observa uma norma prescritiva da democracia: quanto maior a discricionariedade, maior a *accountability*. Essa busca pelo voto dos cidadãos estimula que os "promotores americanos, algumas vezes de forma aberta e sem constrangimento, levem em conta as reações da mídia, a opinião pública e razões políticas quando decidem que casos irão dar prosseguimento e como lidarão com eles" (Tonry, 2012, p. 02).

Em anos eleitorais, segundo pesquisas realizadas em diversos estados, esses promotores são mais punitivos, apresentam mais casos ao júri e dão preferência para os processos de maior repercussão do que nos anos sem eleições (Tonry, 2012). Se o modelo tem a vantagem da *accountability* direta por parte dos cidadãos, por outro lado, a utilização de critérios não judiciais é estimulada pela lógica da disputa eleitoral.

---

[6] "Procuradores-gerais estaduais (*State attorneys general*), embora não sejam considerados promotores no sentido tradicional, também são servidores eleitos" (Worrall, 2008, p. 4).

[7] Segundo Worrall (2008), alguns países do leste europeu começaram a abandonar o modelo eleitoral pelo modelo que chamamos aqui de burocrático. Mas não há detalhes de que países seriam esses.

[8] "They straddle a line that separates courts from politics", no original.

4 O Modelo Independente

Outro modelo é o independente. Assim podem ser classificados os Ministérios Públicos do Brasil e da Itália a partir de suas constituições nascidas após os respectivos regimes autoritários. Nesse modelo, os promotores são pouco *accountable* porque o desenho institucional assegura altas doses de autonomia em relação aos políticos, ao governo, ao parlamento, outros órgãos estatais e aos cidadãos.

No caso italiano, nem o Judiciário pode ser considerado um Poder externo ao Ministério Público, já que promotores e juízes fazem parte da mesma carreira[9] e são regulados pelo mesmo Conselho. Em ambos os países, mesmo as ingerências internas aos órgãos são dificultadas, já que a carreira de seus integrantes é relativamente protegida de processos hierárquicos.

Os Ministérios Públicos italiano e brasileiro foram desenhados, em um primeiro momento, para que os autônomos promotores tivessem pouca discricionariedade e baixa *accountability*, combinação menos estranha aos sistemas democráticos. No entanto, os integrantes de ambos os órgãos são – *de facto* e *de jure*, mais recentemente – atores discricionários.

Na Itália, o novo Código Penal, aprovado em 1998, fez mudanças importantes e aumentou a discricionariedade desses promotores pouco *accountable*. Por um lado, reforçou o papel de coordenação da Polícia pelos magistrados, que passam a poder "escolher, caso a caso e de acordo com suas inclinações pessoais, se devem ou não exercer, integral ou substancialmente, funções de polícia; e podem também decidir, caso a caso, o escopo e os meios da investigação (e, com isso, o destino final do caso)" (Federico, 1997, p. 8).

Por outro, passaram a adotar o "princípio de oportunidade", utilizado nos Estados Unidos e em outros países europeus, em que o promotor pode decidir os casos que devem ser julgados por um juiz a partir de critérios como "interesse público" (Fionda, 1995), ou seja, a decisão sobre seguir adiante com um caso cabe ao promotor.

No Brasil, o Ministério Público, após decisão do Supremo Tribunal Federal em 2015, recebe a autorização para conduzir investigações criminais, rompendo o

[9] "No Ministério Público da Itália, promotores e juízes, além de fazerem parte do mesmo Poder de Estado, frequentam a mesma escola de formação e exercem funções cambiáveis, sendo ambas consideradas funções da magistratura. Quando exerce o papel de juiz, o integrante do Judiciário é um 'magistrado judicante'; quando exerce o papel de promotor, 'magistrado requerente'" (Kerche, 2009, p. 92).

monopólio da Polícia previsto na Constituição. Além disso, uma nova legislação assegurou aos promotores negociarem penas com acusados (*plea bargain*). Essas duas medidas asseguraram uma maior discricionariedade ao independente Ministério Público no Brasil, abandonando parcialmente o princípio da obrigatoriedade e permitindo que promotores escolham quem e quando investigar, além de decidir penas de forma autônoma do Poder Judiciário (Kerche e Marona, 2018).

Como todos os desenhos institucionais, independência combinada com discricionariedade apresenta vantagens e desvantagens. Se, por um lado, os promotores são mais livres para processar políticos em casos de corrupção, por outro, a possibilidade de responsabilização dos próprios promotores para além do Poder Judiciário é bastante dificultada com barreiras quase intransponíveis. O modelo, incomum para democracias, baseia-se mais no "acaso" do que em regras e incentivos institucionais. Ao cidadão restam poucas alternativas além de torcer para que os objetivos dos promotores coincidam com os seus.

5 O Ministério Público na América Latina

Com exceção do Brasil, há poucos estudos sobre os Ministérios Públicos nos demais países da América Latina.[10] Se, em relação às democracias consolidadas da Europa e da América do Norte, é possível ir além das regras *de jure*, graças a pesquisadores das áreas das Ciências Sociais e do Direito, em nossa região, é arriscado identificar os procedimentos *de facto* justamente porque faltam fontes secundárias.

Mesmo sabendo que há necessidade de estudar instituições jurídicas *de jure* em relação com a realidade política (Pozas-Loyo e Ríos-Figueroa, 2010), usaremos as variáveis da independência e discricionariedade para classificar alguns Ministérios Públicos da América Latina. A análise basear-se-á exclusivamente na legislação dos países, sem a observação dos demais procedimentos e práticas que também são parte da institucionalidade em que os promotores atuam.

Assim como nos países estudados na seção anterior, há variações nos termos usados para designar os órgãos responsáveis pela ação penal e também dos

[10] A possibilidade de estudar os países latino-americanos e suas instituições jurídicas é ressaltada por Pozas-Loyo e Ríos-Figueroa (2010), que destacam que os países da América Latina compartilham de um patrimônio jurídico comum, cultura política, *civil law* e regime presidencialista, mas, ao mesmo tempo, mantêm importantes variações nas instituições judiciais, bem como outras condições políticas e econômicas.

seus superiores na América Latina (quadro 2). Em relação aos demais integrantes, todos são chamados de *fiscales*.

Quadro 2 – Nomenclatura do Ministério Público e seus respectivos Chefes

País	Ministério Público	Chefes do Ministério Público
Argentina	Ministerio Publico Fiscal	Procurador General de la Nación
Chile	Fiscalía Nacional	Fiscal Nacional
Paraguai	Fiscalía General del Estado	Fiscal General del Estado
Peru	Ministerio Público	Fiscal de la Nación
Uruguai	Ministerio Público y Fiscal	Fiscal de Corte y Procurador General de la Nación

Fonte: Legislação. Organizado pelos autores.

Além das distinções de nomenclatura, os Ministérios Públicos latino-americanos apresentam outras diferenciações. O da Argentina divide-se em Ministério Público de Defesa (semelhante a uma Defensoria Pública) e de Acusação. As unidades federadas contam com seus próprios Ministérios Públicos e seus membros podem realizar investigação, desde que delegadas por juízes. O Ministério Público chileno tem um fiscal nacional e fiscais regionais que não precisam ser integrantes do órgão e exclusividade na investigação criminal, não atuando em tutelas coletivas.

O Paraguai, por sua vez, por ser um Estado unitário, possui um único Ministério Público, e não há o princípio do promotor natural: é o procurador-geral que distribui os casos entre os integrantes do órgão sob sua responsabilidade. Há a previsão *de jure* de atuação do órgão para além da esfera penal na defesa de bens ou interesses coletivos, embora, em matérias cíveis, esta seja modesta[11]. Na esfera penal, o Ministério Público detém a direção da investigação, comandando a polícia judicial.

A República do Peru também possui um Estado unitário, havendo somente um Ministério Público. Com o novo Código de Processo Civil peruano, o papel de investigador e de acusador do órgão foi reconhecido. Por fim, o Uruguai, assim como o Peru, possui um único Ministério Público e atua em interesses difusos

[11] "Cerca de 90% dos órgãos do Ministério Público paraguaio atuam exclusivamente em funções penais, inexistindo atuação na tutela coletiva e no âmbito cível. A atuação se restringe à fiscal de lei" (Donini, 2014, p. 167).

e não exclusivamente na área penal. Em 2017, o processo penal uruguaio, até então inquisitorial, foi alterado para o modelo acusatorial. A investigação criminal passou a ser exclusiva dos promotores (Aras, 2014; Donini, 2014, Arruda, 2015; Lima, 2014; Freitas, 2014).

A localização institucional do Ministério Público – dentro do Judiciário ou do Executivo, ou como um órgão autônomo – diz algo sobre o órgão e seus integrantes. Desde os fins dos anos de 1970 e início dos anos 1980, a América Latina apresenta grande redução do número de Ministérios Públicos ligados ao Poder Executivo (Pozas-Loyo e Ríos-Figueroa, 2010).

Baseados exclusivamente nas respectivas Constituições, o que é um método relativamente precário em termos da análise política, o modelo mais comum na América Latina é o Ministério Público Independente. As respectivas legislações posicionam os órgãos encarregados da ação penal como formalmente autônomos dos demais Poderes estatais, embora isso não signifique necessariamente que não haja relações de hierarquia e *accountability*. Esta é a opção seguida por expressiva parte dos países latino-americanos: além do caso brasileiro, também temos Argentina, Bolívia, El Salvador, Guatemala, Honduras, Peru e Chile (Duce, 2001).

No caso da Colômbia e do Paraguai, o órgão está inserido na estrutura do Judiciário. Como não localizamos fontes secundárias, não sabemos exatamente o que isso significa. Como vimos, países que preveem seus Ministérios Públicos no Poder Judiciário podem, na prática, enquadrar-se no modelo burocrático, como no Canadá e França, ou no modelo independente, como no caso italiano. O Ministério Público do Uruguai, por sua vez, é o único expressamente burocrático, previsto como um órgão ligado ao Executivo, mais especificamente ao Ministério da Educação e Cultura.

Como se percebe no quadro 3, exceto no caso uruguaio, todos os países pesquisados (Argentina, Chile, Paraguai, Peru e Uruguai) regulamentam o Ministério Público em sua Constituição. Uma agenda de pesquisa é identificar se houve influência do modelo adotado no Brasil após a Constituição de 1988, já que todas essas democracias fizeram suas Constituições após essa data, e sua maioria também optou, ao menos formalmente, pelo modelo independente.

Quadro 3 – Autonomia de jure do Ministério Público na América Latina

Países	Independente	Judiciário	Executivo	Legislativo	Previsão na Constituição
Argentina	X	X*	X*		Sim, art. 120 da Const. 94
Chile	X				Sim, art. 83 da Const. 97
Paraguai		X			Sim, art. 266 da Const. 92
Peru	X				Sim, art. 158 da Const. 93
Uruguai			X		Não[12]

*No caso do Ministério Público das províncias.
Fonte: Legislação. Organizado pelos autores.

Mesmo que os países latino-americanos possuam um Ministério Público independente ou dentro da estrutura do Judiciário, há distintas gradações. O Ministério Público paraguaio encontra-se expressamente dentro da estrutura do Judiciário, ao passo que o Ministério Público do Chile, apesar de formalmente independente, aproxima-se da estrutura do Judiciário, com forte influência da Suprema Corte na escolha e na destituição do procurador-geral, mas com menor participação do Executivo. No órgão da Argentina, a independência *de jure* se dá somente em nível federal, enquanto cada província integra os promotores na estrutura do Judiciário ou do Executivo.

Ainda restritos pela legislação, é possível observar alguns indicadores que apontam para uma efetiva independência do Ministério Público na ingerência do governo ou de políticos. Um deles é a forma como se dá a indicação, se há previsão de mandato e o quão complexo é a destituição dos chefes dos órgãos, correspondente ao procurador-geral brasileiro. De maneira geral, a legislação cria regras que protegem os chefes dos Ministérios Públicos da Argentina, Chile, Paraguai, Peru e Uruguai. Essas regras institucionais são apresentadas no quadro 4.

[12] Não há normas constitucionais que estruturem o Ministério Público do Uruguai, sendo este regulado por lei ordinária. No entanto, a Constituição se refere ao Ministério Público na nomeação do cargo de fiscal de corte (art. 168, III) (Freitas, 2015).

Quadro 4 – Indicação e destituição do Procurador-Geral da República (PGR) na América Latina

Países	Indicação PGR	Mandato	Destituição PGR
Argentina	O PGR é escolhido pelo presidente e submetido à aprovação do Senado por 2/3.	O cargo é vitalício.	O PGR pode sofrer impeachment pelo presidente e membros da Corte Suprema por mau desempenho, delito no exercício de suas funções ou por crimes comuns. O Senado decide.
Chile	O PGR é nomeado pelo Presidente da República por meio de lista quíntupla feita pela Corte Suprema. O PGR é chancelado por dois terços do Senado.	O mandato do PGR é de oito anos, não sendo permitida a recondução.	O PGR pode ser destituído por decisão da Corte Suprema, em caso de incapacidade, mau comportamento ou negligência manifesta no exercício de suas funções.
Paraguai	O PGR é nomeado pelo Presidente com anuência do Senado por meio de lista tríplice elaborada pelo Conselho da Magistratura.	O cargo tem a duração de cinco anos, e o PGR pode ser reeleito.	O PGR é removido pelo Presidente da República.
Peru	O PGR é escolhido pela Junta de Procuradores Supremos.	O cargo dura três anos e é prorrogável para reeleição, apenas para dois anos adicionais.	Cabe ao Supremo Tribunal decidir sobre a cassação do PGR.
Uruguai	O PGR deverá ser submetido à aprovação de três quintos do Senado e nomeado pelo Presidente da República.	O mandato é de dez anos, sem recondução.	O PGR pode ser destituído pelo presidente que irá submeter ao senado a aprovação da decisão. A decisão presidencial deverá ocorrer em razão de negligência do chefe do MP.

Fonte: Legislação. Organizado pelos autores.

Os modelos de indicação, mandato e destituição da Argentina, Chile e Peru, aqueles que podem ser considerados oficialmente independentes, indicam um alto

grau de insulamento dos respectivos procuradores-gerais. Todos têm mandato, sendo que o argentino é vitalício. A indicação do procurador-geral na Argentina passa pelo Executivo e pelo Legislativo, e a possibilidade de afastamento por meio de *impeachment* exige que ao menos mais de um Poder participe do processo.[13]

No caso chileno, a indicação é feita com a participação dos três Poderes e a destituição é autorizada pela Corte Suprema, mas baseada em critérios definidos, embora sejam relativamente vagos como "mau comportamento". No Peru, o procurador-geral é escolhido pela Junta de Procuradores, e a destituição cabe ao Poder Judiciário. Na Constituição de 1979, anterior à atualmente em vigor, promulgada em 1993, a escolha para um mandato de dois anos também era feita pelo presidente da República com a aprovação do Senado. Com a nova Constituição, o mandato do procurador-geral da república do Peru aumentou para três anos e passou a ser prorrogável por mais dois mandatos.

O Ministério Público paraguaio, formalmente ligado ao Poder Judiciário, na verdade, parece manter laços expressivos com o governo, o que sugere um modelo mais próximo do burocrático. O procurador-geral é escolhido pelo presidente entre nomes apresentados por uma lista tríplice apresentada pelo Conselho da Magistratura, seguida pela anuência do Senado. Com a possibilidade de reeleição e a destituição sendo uma atribuição do chefe do Executivo,[14] pela lógica do modelo, haveria incentivos institucionais para um alinhamento do procurador-geral com o governo.

No Uruguai, formalmente, um exemplo do modelo burocrático, o procurador-geral é nomeado pelo presidente e precisa da aprovação de uma maioria qualificada no Senado.[15] O chefe do Executivo pode abreviar o mandato de 10 anos, desde que passe pelo Senado, em razão de negligência. Ou seja, salvo melhor entendimento, o chefe do Ministério Público uruguaio é bastante protegido de ingerências do governo, embora formalmente seja um órgão do Executivo.

---

[13] Além do presidente e dos membros da Corte, o vice-presidente, o chefe de gabinete de ministros e os ministros podem apresentar o pedido de *impeachment* ao Senado.

[14] No ano de 2018, o procurador-geral da república do Paraguai foi destituído, acusado de enriquecimento ilícito, mau desempenho de suas funções e usurpação de funções públicas por ter ultrapassado seu mandato, que teria terminado em 2016. Em 2019, o cargo foi assumido por Sandra Raquel Quiñónez Astigarraga (Ag. Efe, 2018; DW, 2018).

[15] O Ministério Público uruguaio ficou sem o procurador-geral por mais de três anos, sendo o posto ocupado interinamente pelo promotor cível mais antigo no cargo, em razão da não aprovação de candidato por 3/5 do Senado (Freitas, 2014).

No quadro 5, apresentamos as formas de nomeação, promoção e punição dos promotores da Argentina, Chile, Paraguai, Peru e Uruguai. Por meio desta análise é possível observar as relações de hierarquia entre os promotores e o procurador-geral, oferecendo algumas "pistas" sobre a independência *de facto* do Ministério Público desses países. Como já mencionado anteriormente, a distinção *de jure* e *de facto* está presente na análise dos Ministérios Públicos da América Latina. Apesar de alguns países destacarem em suas constituições a independência do órgão, como na Argentina, Chile e Peru, na realidade, nem todos são realmente independentes.

Quadro 5 – Nomeação, promoção e punição dos promotores da Argentina, Chile, Paraguai, Peru e Uruguai

Países	Nomeação	Promoção	Punição
Argentina	Concurso público (provas, títulos e antecedentes). Em seguida, é realizada lista tríplice e enviada ao Presidente para a seleção. O Senado aprova por maioria simples.	Não há promoções. Os concursos são prestados para um determinado cargo da estrutura do MP, não se abrindo a oportunidade de promoção de uma instância a outra.	Os membros do Ministério Público (MP) podem ser exonerados em caso de mau desempenho, negligência grave e pela prática de crimes dolosos. São julgados disciplinarmente pelo Tribunal Correicional.
Chile	O ingresso no MP ocorre por meio de concurso público com provas escritas, orais e análise dos títulos (experiência acadêmica e profissional). A partir desse concurso, os fiscais regionais (hierarquicamente superiores aos promotores "fiscais adjuntos") fazem uma lista tríplice, cujo nome é escolhido pelo procurador-geral.	Os fiscais regionais são selecionados pelo Judiciário, que cria listas tríplices nas cortes de apelações e, por meio dessa lista, o procurador-geral seleciona o fiscal regional.	As medidas de punição são: admoestação; censura; multa; suspensão de funções; remoção e demissão (incapacidade, mau comportamento ou negligência manifesta; improbidade, vias de fato, injúrias ou conduta imoral grave; ausência injustificada ao trabalho; descumprimento grave de obrigações, deveres e proibições). A lei prevê a perda de cargo baseada em decisão administrativa.

Paraguai	O Conselho de Magistratura (com representantes diversos do Legislativo, do Executivo, advogados, professores) realiza exame de admissão. São criadas diversas listas tríplices a partir do concurso, e a escolha dos candidatos se dá pela Suprema Corte de Justiça.	Não há promoção. Passados os cinco anos de mandato do órgão do MP, o promotor deve se submeter a outro concurso e, novamente, por meio de lista tríplice, ser nomeado.	O Tribunal de Disciplina é um setor dentro do MP com funções de julgar órgãos e servidores do próprio MP, após investigação do Inspetor-Geral. Esse tribunal tem poder de expulsão, no caso de relatores e assistentes fiscais, e poder de advertência e suspensão, quanto aos órgãos do MP.
Peru	O ingresso no MP ocorre por meio do ingresso na Academia de Magistratura (Judiciário). Os aprovados se submetem a concurso público (currículo, exame escrito e avaliação pessoal). A seleção e a nomeação dos membros dos MP são feitas pelo Conselho Nacional da Magistratura (integrantes do Judiciário, reitores, advogados, MP etc.).	O cargo de fiscal é vitalício. Para ser fiscal superior, é necessário ter sido fiscal ou juiz por sete anos ou advogado e prof. universitário por dez anos.	A Fiscalía Suprema de Control Interno é o órgão disciplinar do MP, possuindo competência para punir os procuradores e servidores (por meio de admoestações, multas, suspensões e destituições), com exceção dos Fiscales Supremos.
Uruguai	Não há concurso público. Os membros do MP são nomeados por ato da presidência da República com vênia de 3/5 do Senado. Após dois anos de período probatório, em seguida, o promotor adquire efetividade. Nesses dois anos, o PGR pode pedir ao Executivo para retirar a nomeação.	O PGR tem a capacidade de promover os promotores, propondo ao Executivo a designação.	O PGR tem função correicional, de vigilancia y superintendencia directiva, bem como função instructiva dos integrantes do Ministério Público. Ou seja, o PGR pune e remove os promotores.

Fonte: Legislação. Organizado pelos autores.

Sobre o ingresso do promotor em sua carreira, todos os países analisados exigem concurso público, com exceção do Uruguai, cuja nomeação se dá de modo

semelhante à nomeação do procurador-geral, qual seja: indicação do presidente e aprovação por 3/5 do Senado. A forma como se dá o concurso, contudo, é distinta de país para país. Na Argentina, a entrada de um novo membro no Ministério Público envolve a participação do Executivo e do Legislativo, enquanto, no Chile, apenas promotores e o procurador-geral fazem parte da seleção. No Paraguai, o Poder Judiciário seleciona o novo integrante da carreira e, no Peru, há uma combinação de juízes, promotores, advogados e reitores de universidades que participam da seleção e da nomeação.

Quanto à possibilidade de promoção, esta pode vir a ser um indicativo importante de independência, no caso de o promotor não precisar agir de acordo com os seus superiores hierárquicos para subir de nível na carreira. Na Argentina e no Paraguai, não há possibilidade de promoção, devendo o candidato realizar novo concurso (lista tríplice e nomeação). No Chile e no Uruguai, as promoções ocorrem com participação do procurador-geral: no primeiro, por meio de seleção proveniente do Judiciário, no segundo, por nomeação pelo Executivo (Presidente da República).

No Peru, o cargo de promotor é vitalício e, para ser promovido, é exigido um tempo mínimo de atuação na carreira ou um tempo maior em outra carreira (advocacia ou professor universitário), sendo tanto o cargo de procurador-geral como os de *fiscal regional* (hierarquicamente superior ao cargo de *fiscal adjunto*) abertos para pessoas de fora da carreira.[16]

Acerca da possibilidade de punições, os Ministérios Públicos latino-americanos, de um modo geral, criaram órgãos específicos para supervisionar seus integrantes. Na Argentina, há o Tribunal Correicional; no Paraguai, o Tribunal da Disciplina; e, no Peru,[17] a *Fiscalía Suprema de Control Interior*. No Chile e no Uruguai, as punições são realizadas pelos membros superiores, sendo que, no caso uruguaio, a aplicação da sanção se dá diretamente pelo procurador-geral. Nesse contexto, é provável que os promotores tentem seguir seu superior hierárquico em suas decisões.

---

[16] "Na prática, em muitos casos, os fiscais regionais têm sido escolhidos dentre os fiscais adjuntos que atuam na região respectiva, mas há diversos fiscais regionais sem vínculo definitivo com a instituição ministerial" (Arruda, 2015, p. 196).

[17] No Peru, apesar da independência do Ministério Público, o art. 7.º da LOMP prevê que o Executivo, por meio do Ministro da Justiça, poderá advertir genericamente (não sobre um caso específico) os promotores em relação ao exercício de suas atribuições. O promotor que discordar poderá encaminhar a advertência ao procurador-geral que poderá retificar ou encaminhar à Junta dos *Fiscales Supremos* (Lima, 2014).

Se, do ponto de vista formal, a hierarquia interna ao Ministério Público é prevista, é possível concluir que, mesmo os Ministérios Públicos de países como Argentina, Chile e Peru, que são independentes *de jure*, podem não ser *de facto*. Como o promotor é subordinado ao procurador-geral, esses Ministérios Públicos aproximam-se mais do modelo burocrático do que do independente.

Na Argentina, o Ministério Público segue o princípio da hierarquia com dever de obediência, e o procurador-geral emite resoluções gerais vinculantes. O Ministério Público chileno é uma "organização de caráter piramidal amparada no princípio da obediência hierárquica dos funcionários inferiores com relação a seus superiores" (Duce, 2011, p. 133). Nesse sentido, o procurador-geral impõe instruções gerais, que só podem ser recusadas pelos promotores se forem manifestamente arbitrárias ou atentarem contra a lei ou a ética profissional. O chefe do Ministério-Público chileno detém também a prerrogativa de escolher os chefes das *fiscalías* regionais, os quais exercem, por sua vez, influência sobre os fiscais adjuntos (Arruda, 2015).

O Paraguai também apresenta aparentemente uma forte hierarquia interna, com os superiores liderando a atuação dos subordinados, inclusive designando casos jurídicos a eles. Os promotores devem consultar seu superior hierárquico quando quiserem alterar critério já adotado por outro colega no mesmo processo ou quando entenda que não deva recorrer. No caso de posição pessoal contrária, o promotor pode praticar o ato, estabelecendo nota de sua posição ou solicitando a seu superior para que outro pratique o ato em seu lugar (Donini, 2014).

O Ministério Público peruano é um órgão independente (*de jure*) dos demais Poderes do Estado e encontra-se hierarquicamente organizado. Recentemente, houve grande polêmica no Peru, que culminou na renúncia do procurador-geral (Higuera, 2019), em razão de desgaste político e midiático por este ter retirado promotores que investigavam o caso Odebrecht (La Voz, 2019). O procurador-geral afirmou que os promotores do caso feriram o princípio da hierarquia por questionarem sua permanência no cargo.

No Uruguai, cujo Ministério Público integra o Ministério da Educação e Cultura, resta evidente a relação hierarquizada com o ministro da pasta. Contudo, os promotores possuem uma independência técnica e inamovibilidade dos membros. Em caso de divergência entre a atuação do promotor e as instruções do procurador-geral, o Executivo tem atribuição de solucionar o conflito (Freitas, 2014).

Após análise da independência institucional (*de jure*), buscamos observar a discricionariedade dos promotores latino-americanos com base em três critérios: adoção do princípio da legalidade, oportunidade e se o Ministério Público possui a atribuição de negociar penas. Esta é também uma análise fundamentada na legislação, e não na atuação dos promotores.

Quadro 6 – Discricionariedade do Ministério Público (MP) na América Latina

Países	Legalidade	Oportunidade	MP pode negociar penas
Argentina	Sim	Sim, excepcionalmente	Não há previsão legal
Chile	Sim	Sim, excepcionalmente	Não há previsão legal
Paraguai	Sim	Sim, excepcionalmente	Não há previsão legal
Peru	Sim	Sim	Não há previsão legal
Uruguai	Sim	Sim, excepcionalmente	Há previsão legal

Fonte: Legislação. Organizado pelos autores.

Todos os países pesquisados (Argentina, Chile, Paraguai, Peru e Uruguai) adotam o princípio da legalidade. No entanto, subsidiariamente, há algumas regras e normas em que o sistema jurídico desses países admite o princípio da oportunidade, geralmente para situações de menor importância. Somente o Ministério Público uruguaio admite previsão legal, desde 2017, para realizar um acordo com o réu, negociando a pena em alguns crimes.

A Argentina estabelece a oportunidade da ação penal em alguns casos, apesar de adotar o princípio da legalidade. São as seguintes hipóteses: em casos de pena de multa, ou de livramento condicional e *sursis* ou de inabilitação; ou a pena carecer de importância ou que puder ser imposta em outra ação ou, ainda, nos casos de perdão judicial, fatos irrelevantes e sem interesse público, de acordo com o artigo 31, da Lei 27.063/14 (Melo, 2018).

No Chile, a regra também é a legalidade, mas o Código de Processo Penal aceita algumas situações em que prevalece o princípio da oportunidade, como a suspensão condicional do procedimento (art. 237, do CPP); o arquivamento temporário do caso, quando não houver indícios suficientes para iniciar uma investigação (art. 167, do CPP); e a oportunidade no sentido estrito, ou seja, quando o fato típico não ofender o interesse público, sendo tal ato presumido quando a pena mínima não for maior que um ano (art. 170, do CPP).

O promotor paraguaio, ao fim da etapa preparatória, pode optar por oferecer a acusação em face do investigado, solicitar o arquivamento definitivo ou provisório (de acordo com as provas obtidas) ou, ainda, propor a suspensão condicional do processo, a aplicação de um procedimento abreviado ou a realização de audiência de conciliação quando a lei possibilitar tais práticas (Donini, 2014). O promotor poderá também desistir da ação penal quando o crime for considerado irrelevante para o interesse público, bem como realizar o perdão judicial.

No caso peruano, o promotor poderá optar pelo não exercício da ação penal nas hipóteses a seguir: "o agente não tenha sido afetado gravemente pelas consequências do delito e a pena seja inapropriada; delitos que não afetem o interesse público; culpabilidade mínima" (Melo, 2018, p. 2). O Peru ampliou recentemente os critérios de oportunidade, prevendo o *acuerdo reparatório*, acordo entre vítima e réu em cartório extrajudicial.

O Uruguai adota o princípio da oportunidade da ação penal, de forma mais seletiva, somente para crimes culposos e de pouco interesse público; ambos, somente se passados quatro anos da prática do delito e se não for caso de aplicação de pena de prisão e não havendo causa que suspenda a prescrição (Melo, 2018).

6 Conclusão

Este capítulo, além de apresentar os Ministérios Públicos em democracias consolidadas, fez um levantamento quase exclusivamente baseado na legislação dos Ministérios Públicos de países latino-americanos a partir das variáveis independência e discricionariedade.

Segundo a legislação dos países vizinhos ao Brasil, os Ministérios Públicos da região seguiriam o modelo independente. Uma interessante agenda de pesquisa seria o quanto a autonomia do órgão brasileiro influenciou os demais países a adotarem ao menos *de jure* esse modelo pouco comum quando observadas as experiências europeias e norte-americanas.

A segunda agenda de pesquisa que este capítulo estimula é a necessidade de aprofundar a observação de práticas institucionais para além da legislação. Instrumentos institucionais formais e informais não captados por uma análise quase exclusivamente baseada nas constituições e nos códigos civis e criminais podem relativizar a independência e a discricionariedade desses Ministérios Públicos, aproximando-os de modelos mais comuns entre as democracias europeias e norte-americanas.

Algumas pistas apresentadas, contudo, já apontam que a independência é menor do que os enunciados na legislação levam a crer. A forma de indicação dos procuradores-gerais é um bom exemplo. No Ministério Público do Chile, do Paraguai e do Peru, como é possível uma recondução, há um forte estímulo para que o procurador-geral aja conforme os interesses do chefe do Executivo, reduzindo sua autonomia. No Paraguai, como o presidente pode destituir o chefe do Ministério Público a qualquer tempo, a autonomia deste é bastante reduzida, aproximando o órgão do modelo que nos permite enquadrá-lo como um MP burocrático.

A legislação de todos os Ministério Públicos da América Latina pesquisados preveem hierarquia interna, com subordinação dos promotores ao procurador-geral – e, no caso do Uruguai, ao Ministro da Educação e Cultura. Essa ligação dos promotores com o procurador-geral e deste com o governo limita, aparentemente, a independência dos Ministérios Públicos em nossa região.

Embora de forma assumidamente precária por falta de mais material sobre os Ministérios Públicos latino-americanos, podemos concluir que os órgãos dos países estudados (Argentina, Chile, Peru, Paraguai e Uruguai) são independentes *de jure*, mas não *de facto*, ou seja, há algum grau de subordinação, ao menos indireta, do Ministério Público ao Poder Executivo.

Referências

Aaken, A. et al. “Do independent prosecutors deter political corruption? An empirical evaluation across seventy-eight countries”. *American Law and Economic Review*, v. 12, n. 1, p. 204-244, 2010.

Ag. EFE. “Diputados de Paraguay decidirán si procede el juicio al fiscal general del Estado”. *Ag. Efe*, Assunção, 18 jan. 2018. Disponível em: https://www.efe.com/efe/america/politica/diputados-de-paraguay-decidiran-si-procede-el-juicio-al-fiscal-general-del-estado/20000035-3496718. Acesso em: 15 mar. 2019.

Aras, V. “Ministério Público na Argentina e Brasil: apontamentos para uma aproximação regional”. In Calabrich, B. (org.). *Modelos de Ministério Públicos e Defensorias del Pueblo. V.1. Ministérios Públicos Sul-Americanos*. Brasília: ESMPU, 2014. p. 17-61.

Arruda, S. “Características e atribuições do Ministério Público Chileno. Breve estudo analítico e comparativo com o Ministério Público brasileiro”. *Boletim Científico ESMPU*, v. 14, n. 45, p.175-208, jul.-dez. 2015.

Baldwin, John. “The Prosecution Offences in England and Wales”. Paper apresentado na IPSA (Coréia), 1997.

Bovens, Mark et al. (org.). *The Oxford Handbook of Public Accountability*. Oxford: Oxford University Press, 2014.

Donini, R. "Ministérios Públicos Brasileiro e Paraguaio: estudo comparativo". In Calabrich, B. (org.). *Modelos de Ministério Públicos e Defensorias del Pueblo*. v.1. Ministérios Públicos Sul-Americanos. Brasília: ESMPU. p. 161-183.

Duce, M. "Ministério Público no Chile: modelo institucional e funções". *Revista CNMP*, n. 1, p. 128-165, 2011.

DW. **"**Se entrega ex fiscal general de Paraguay buscado por enriquecimiento ilícito**".** DW, 24 ago. 2018. Disponível em: https://www.dw.com/es/se-entrega-ex-fiscal-general-de-paraguay-buscado-por-enriquecimiento-il%C3%ADcito/a-45209676**.** Acesso em: 20 mar. 2019.

Eisenstein, James. *Counsel for The United States: An Empirical Analysis of The Office of United States Attorney* (Tese). New Haven: Yale University, 1968.

Federico, Giuseppe D. "Prosecutorial Independence and the Democratic Requirement in Italy: Analysis of a Deviant Case in a Comparative Perspective". Paper apresentado na IPSA (Coréia), 1997.

Fionda, J. *Public prosecutors and discretion: A comparative study*. Oxford: Clarendon Press, 1995.

Freitas, E. "Ministério Público do Uruguai. Trabalho convergente entre experiências diversas e prospecção para cooperação jurídica internacional eficaz". In Calabrich, B. (org.). *Modelos de Ministério Públicos e Defensorias del Pueblo*. v. 1. Ministérios Públicos Sul-Americanos. Brasília: ESMPU, 2014. p. 253-326, 2014.

Higuera, Camila. "Ministerio Publico de Perú em estado de emergência". *Interferencia*, 10 jan. 2019. Dsiponível em: https://interferencia.cl/articulos/ministerio-publico-de-peru-en-estado-de-emergencia. Acesso em: 22 mar. 2019.

Jacoby, J. E. *The American Prosecutor: A Search for Identity*. Massachusetts: Lexington Books, 1980.

Johson, C. e Brickman, D. *Independent counsel: the law and the investigations*. Washington, DC: CQ Press, 2001.

Kerche, F. "Agências responsáveis pela ação penal: um estudo comparativo". *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, v. 54, p. 127-152, 2005.

______. *Virtude e limites: autonomia e atribuições do Ministério Público no Brasil*. SP: Edusp, 2009.

______. "O Ministério Público no Brasil: relevância, características e uma agenda para o futuro". *Revista da USP*, n. 101, p. 114-120, 2014.

______. "Conselho Nacional do Ministério Público e Accountability". In 42 Encontro Anual da ANPOCS, GT 07 – Controles Democráticos: Instituições e Participação na Democracia Contemporânea, *Anais [...]*, p. 1-25, 2018.

______ e Marona, M.. "O Ministério Público na Operação Lava Jato: como eles chegaram até aqui?". In ______ e Feres Jr., J. *Lava Jato e a Democracia Brasileira*. São Paulo: Contracorrente, 2018.

La Voz. "Perú: conmoción por la destitución de dos fiscales que investigaban el caso Odebrecht". *La Voz*, 01 jan. 2019. Disponível em: https://www.lavoz.com.ar/mundo/peru-conmocion-por-destitucion-de-dos-fiscales-que-investigaban-caso-odebrecht. Acesso em: 21 mar. 2019.

Lima, M. "Ministério Público da República do Peru: atribuições, principais características, estrutura organizacional e sugestão de cooperação jurídica internacional". In Calabrich, B. (org.). *Modelos de Ministério Públicos e Defensorias del Pueblo*. v. 1. Ministérios Públicos Sul-Americanos. Brasília: ESMPU, 2014. p. 185-251.

Lotta, G. e Santiago, A. "Autonomia e discricionariedade: matizando conceitos-chave para o estudo da burocracia". *BIB*, n. 83, p. 21-42, 2017.

Lyon-Caen, Pierre. "Le Ministère Public Français entre l'Exécutif et le Judiciaire". *Cadernos da Revista do Ministério Público*, Portugal, n. 6, p. 57-62, 1994.

Marchisio, A. "O Ministério Público Federal na República Argentina: estrutura, princípios e funções". *Revista CNMP*, n. 1, p. 166-190, 2011.

Melo, A. "Oportunidade da ação penal na América Latina a partir de 1990". *Conjur*, 2018. Disponível em: https://www.conjur.com.br/2018-mai-21/oportunidade-acao-penal-america-latina-partir-1990.

Nicod, J. C. "Le Ministère Public en France". *Revista do Ministério Público*, Portugal, n. 6, 1994.

O'Donnell, G. "Accountability horizontal e novas poliarquias". *Lua Nova*, n. 44, p. 27-54, 1998.

Paes, J. E. *O Ministério Público na Construção do Estado Democrático de Direito*. Brasília: Brasília Jurídica, 2003.

Pozas-Loyo, A. e Ríos-Figueroa, J. "Enacting Constitutionalism The Origins of Independent Judicial Institutions in Latin America". *Comparative Politics*, v. 42, n. 3, p. 293-311, 2010.

Segado, F. *El Sistema Constitucional Español*. Madrid: Dykinson, 1992.

Terquem, F. *Le coup D'État judiciaire*. Paris: Éditions Ramsay, 1998.

Tonry, Michael. "Prosecutors and politics in comparative perspective". In *Prosecutors and politics: a comparative perspective*. Chicago: The University Chicago Press, 2012. p. 1-33, 2012.

Walter-Freise, H. "Le Ministère Public en Allemagne". *Revista do Ministério Público*, Portugal, n. 6, 1994.

Worrall, J. L. "Prosecution in America: a historical and comparative account". In ______ e Nugent-Borakove, M. E. *The Changing Role of the American Prosecutor*. Albany: State University of New York Press, 2008.

– 11 –
Combate judicial à corrupção e democracia na América Latina

Frederico de Almeida

1 Introdução

O objetivo deste capítulo é apresentar resultados de uma investigação sobre a relação entre *combate judicial à corrupção* e *democracia*.[1] Antes de expor mais detalhadamente os resultados dessa investigação, é preciso desde já esclarecer alguns pressupostos.

O primeiro deles diz respeito à *relação* entre *combate à corrupção* e *democracia*. Não orientam esta pesquisa referências teóricas que, embora tenham conhecidas capacidades descritivas e analíticas, são normativamente orientadas por determinadas concepções de características esperadas do regime democrático: *controles*, *accountability*, *transparência*.

Ao invés de tomar esses conceitos como *categorias analíticas* para se entender a relação entre combate à corrupção e democracia (e para a *mensurabilidade* de uma coisa e de outra), tomo-os como *objetos* de uma análise que busca compreender como as políticas e os discursos anticorrupção surgem e desenvolvem-se

---

[1] Essa investigação acontece, na verdade, em duas frentes: nos estudos mais amplos sobre as relações entre crime e política realizados no âmbito do PolCrim – Laboratório de Estudos de Política e Criminologia –, grupo de pesquisas registrado no Diretório de Grupos de Pesquisa da CAPES, e que coordeno no Instituto de Filosofia e Ciências Humanas da Universidade Estadual de Campinas; e no projeto "Circulação internacional de juristas, exportação de modelos de justiça criminal e disputas sobre direitos fundamentais", que conduzo como pesquisador vinculado ao Instituto Nacional de Ciência e Tecnologia de Estudos sobre os Estados Unidos (INCT-INEU). Para outros resultados dessa investigação, ver Almeida (2016, 2018) e Almeida et al. (2017).

imbricados em processos de construção e de redefinição de regimes políticos e econômicos na ordem global, no Brasil e em países da América Latina, nos últimos 30 anos.[2] Descrever, analisar e reconstruir as conexões de sentidos desses processos é o principal objetivo do texto.

O segundo pressuposto a ser esclarecido é o da escolha da expressão *combate judicial à corrupção* para a definição do objeto de estudo. A palavra *combate*, de claro conteúdo bélico, não é usada aqui de maneira neutra ou naturalizada (como muitas vezes aparece na opinião pública) nem como categoria analítica; antes disso, é tomada em seu sentido "nativo", a fim de buscar-se compreender as construções políticas (institucionais, jurídicas, discursivas) de uma "guerra" (ou de uma "cruzada") contra a corrupção.

Nesse sentido, o foco no *combate judicial* – e, mais especificamente, *judicial criminal* – justifica-se pela centralidade que adquirem contemporaneamente, no Brasil e em outros países, os instrumentos de criminalização, responsabilização e coerção próprios da justiça criminal nas configurações do protagonismo judicial no Brasil e em outras partes do mundo (Santos, 2005), e também a concepção da corrupção como um crime que, não tendo vítimas precisamente identificáveis, apresenta-se como um "mal público" que afeta toda a sociedade de maneira difusa (Schilling, 1999).

Assim, a hipótese que orienta a interpretação construída neste texto é a de que o combate judicial à corrupção deve ser compreendido no conjunto de relações de poder que se projetam tanto no âmbito doméstico dos conflitos políticos nacionais quanto na geopolítica internacional, deslocando-se as concepções de *controle* associados às políticas anticorrupção das teorias da *accountability* (Medeiros et al., 2013; Melo, 2004) para as teorias do *controle social* (Alvarez, 2004; Tavares dos Santos, 2004) e os estudos sobre *lutas pelo poder de Estado* (Bourdieu, 2014; Dezalay e Garth, 2000, 2002).

Para verificar a hipótese, o trabalho busca reconstruir a história das políticas anticorrupção na ordem global pós-Guerra Fria, tendo as iniciativas dos EUA por referência, e sua incorporação pelos países da América Latina. A centralidade dos EUA nessa reconstrução tem justificativa histórica, que será apresentada na seção seguinte do texto, mas também metodológica, pois permite testar a hipótese que associa o combate à corrupção às relações globais de poder (empiricamente verificadas, neste trabalho, nas relações entre EUA e América Latina).

[2] Nesse mesmo sentido teórico e analítico, ver Shore e Haller (2005).

Por fim, tecerei algumas considerações sobre os impactos do combate judicial à corrupção institucionalizado na América Latina sobre os regimes democráticos do continente. Os desdobramentos internacionais da acusação contra a empresa brasileira Odebrecht pela Operação Lava Jato no Brasil serão especificamente explorados para demonstrar como os processos mapeados nas seções anteriores convergem na configuração de um momento crítico para os regimes democráticos de diferentes países latino-americanos, tendo os EUA como ator central.

Nas considerações finais retomarei debates normativos e empíricos sobre as relações entre democracia e corrupção, explorando os problemas dos controles democráticos e das formas de legitimação e deslegitimação construídas pelo protagonismo judicial e pela criminalização da corrupção nas instabilidades políticas da América Latina.

2 A Internacionalização do Combate à Corrupção

2.1 A Construção de Diretrizes Internacionais Anticorrupção

A internacionalização do combate à corrupção e a difusão internacional de suas políticas têm origem nas gestões dos EUA em aprovar junto à Organização para a Cooperação e o Desenvolvimento Econômico (OCDE) diretrizes para a responsabilização de empresas envolvidas em práticas consideradas corruptas, ainda antes do fim da Guerra Fria (Glynn et al., 1997).

O país já havia tentado construir junto ao Conselho Econômico e Social da Organização das Nações Unidas (ECOSOC) um acordo internacional sobre pagamentos ilícitos, iniciativa que foi abandonada em 1979 em razão do clima de desconfiança da Guerra Fria, das acusações dos países industrializados de que os EUA tentavam estabelecer por canais internacionais uma política unilateral e das tentativas de países em desenvolvimento de incluírem no conceito de "pagamentos ilícitos" os recursos destinados ao regime do *apartheid* na África do Sul (Pieth, 1997).

Embora a declaração de 1976 da OCDE,[3] resultado desse esforço, seja considerada pouco eficaz, as gestões estadunidenses junto à organização foram

[3] Ver quadro 1, a seguir.

bem-sucedidas com as recomendações de 1994 e 1996,[4] tidas como indutoras de mudanças efetivas no âmbito doméstico dos Estados-membros (Pieth, 1997).

Essas gestões dos EUA na ordem internacional estão associadas ao *Foreign Corruption Practices Act* (FCPA), lei estadunidense promulgada em 1977, cujo alcance extraterritorial explica os esforços do país em construir as normativas internacionais mencionadas anteriormente, junto à ONU e à OCDE. Elaborada na reação aos escândalos Watergate e Lockheed (Elliott, 1997; Glynn et al., 1997), essa legislação estabeleceu a possibilidade de responsabilização das empresas nacionais, mesmo por atos de corrupção praticados por elas em outros países.

Com condições de competição internacional prejudicadas por uma legislação doméstica, as empresas estadunidenses pressionaram seu governo a buscar na regulação internacional parâmetros similares que colocassem os competidores dos outros países diante dos mesmos tipos de restrições. O FCPA ainda é o principal instrumento de combate à corrupção mobilizado pelos EUA tanto interna quanto externamente; voltarei a esse ponto mais adiante.

Quadro 1 – Iniciativas internacionais de combate à corrupção (1976-2003)

Ano	Organização	Iniciativa
1976	Organização para a Cooperação e o Desenvolvimento Econômico	*Declaração sobre Investimento Internacional e Empresas Multinacionais*, com pontos sobre suborno transnacional
1977	Câmara de Comércio Internacional	*Recomendações para o Combate à Extorsão e ao Suborno em Transações Comerciais*
1988	Organização das Nações Unidas	*Convenção das Nações Unidas Contra o Tráfico Ilícito de Entorpecentes*, que inclui medidas de combate à corrupção, por meio da criminalização da lavagem de dinheiro e de restrição ao sigilo bancário
1989	*Financial Action Task Force/Grouped' Action Financière*	Fundação da organização intergovernamental voltada para o combate à lavagem de dinheiro, como desdobramento da Convenção das Nações Unidas de 1988
1993	Transparência Internacional	Fundação, por ex-executivos do Banco Mundial, da organização não governamental de atuação internacional
1994	Organização para a Cooperação e o Desenvolvimento Econômico	Recomendação aos Estados-membros para a adoção de medidas de prevenção e combate à corrupção em transações comerciais internacionais

[4] Idem.

1994	Organização das Nações Unidas	*Declaração de Nápoles*, com compromisso dos países com ações domésticas e cooperação internacional de combate ao crime organizado
1995	Fórum Econômico Mundial	Criação do "Grupo de Davos", uma associação informal de empresários, oficiais e especialistas para estudar o problema da corrupção
1996	Organização para a Cooperação e o Desenvolvimento Econômico	Recomendação aos Estados-membros de abolição de mecanismos de dedução de taxação de subornos como "despesas comerciais"
1996	Organização dos Estados Americanos	*Convenção Interamericana Contra a Corrupção*
1996	Câmara de Comércio Internacional	Regras de autorregulação corporativa e recomendações para governos e organizações internacionais
1996	Banco Mundial	Revisão de regras de prevenção à corrupção na contratação de projetos financiados pela instituição
1996	Organização das Nações Unidas	Declaração da Assembleia Geral conclamando os membros da organização a adotarem medidas de combate à corrupção e outras práticas ilícitas em transações comerciais internacionais
1996	Organização Mundial do Comércio	Proposição de estudo sobre transparência e procedimentos de contratação governamentais
1997	Organização para a Cooperação e o Desenvolvimento Econômico	*Convenção sobre o Combate à Corrupção de Funcionários Públicos Estrangeiros em Transações Comerciais Internacionais*
1999	Banco Mundial e Organização para a Cooperação e o Desenvolvimento Econômico	Criação do *Global Corporate Governance Forum*, entidade dedicada ao aperfeiçoamento da governança corporativa em países em desenvolvimento e mercados emergentes, incluindo questões relativas à corrupção
2000	Organização das Nações Unidas	*Convenção das Nações Unidas Contra o Crime Organizado*
2003	Organização das Nações Unidas	*Convenção das Nações Unidas Contra a Corrupção*

Fonte: elaborado pelo autor, a partir de Elliot (1997), Glynn et al. (1997), Olsen (2010) e Pieth (1997).

O quadro 1 mostra como somente após o fim da Guerra Fria é que os esforços dos EUA surtem efeitos na ordem global e são o estopim de um processo de ampliação e sofisticação das diretrizes internacionais para o combate à

corrupção.[5] Apesar de não ser um mapeamento exaustivo das diretrizes internacionais que orientam o combate judicial à corrupção, sua análise permite-nos indicar alguns elementos importantes para a construção da interpretação aqui pretendida.

2.2 Transições políticas, econômicas e temáticas

Destaca-se, em primeiro lugar, a associação do combate à corrupção com outras duas dimensões do estabelecimento de uma ordem global pós-Guerra Fria: num primeiro momento, o livre comércio e a internacionalização econômica (Elliott, 1997; Girling, 1997; Rose-Ackerman, 1997); num segundo momento, com questões relacionadas à segurança internacional e aos direitos humanos, por meio da conexão estabelecida entre combate à corrupção (mais especificamente, à lavagem de dinheiro) e ao financiamento do crime organizado (especialmente o tráfico de drogas) e do terrorismo transnacionais (Rose-Ackerman, 2009; Rotberg, 2009; Teets e Chenoweth, 2009).

A passagem de um problema de competitividade em uma economia globalizada e livre para o de defesa da segurança e da estabilidade de sociedades e regimes democráticos coloca o combate à corrupção como mais um dos elementos da construção de uma *ordem global virtuosa* (Sampson, 2005), na qual o predomínio do capitalismo neoliberal e da democracia representativa vem acompanhado da pretensa universalização de valores orientadores desses regimes econômico e político: a defesa dos direitos humanos (que incentivaria a "responsabilidade social" das empresas[6] e justificaria, inclusive, guerras por motivos humanitários[7]), a proteção ao meio ambiente (que influenciaria as práticas e os discursos de "desenvolvimento sustentável",[8] bem como a construção de mecanismos econômicos

---

[5] Além da vitória em estabelecer parâmetros equitativos às condições de competição constrangidas pelo FCPA, os EUA também emendaram sua legislação doméstica em 1988 para permitir também a responsabilização de empresas estrangeiras que atuem no país, mesmo por atos de corrupção praticados em outros países (Glynn et al., 1997).

[6] Sobre isso, ver Grün (2005, 2013).

[7] Para um debate contemporâneo sobre os conceitos de "intervenção humanitária" e "guerra justa", ver Nogueira (2003) e Silva (2015).

[8] Sobre o desenvolvimento do debate sobre sustentabilidade, ver Nascimento (2012), Sartori et al. (2014).

de reparação de danos ambientais, como o mercado de crédito de carbono,[9] e o combate à corrupção (que levaria, como veremos na sequência, ao fortalecimento de instituições de justiça e segurança locais, ao recrudescimento e à sofisticação das legislações penais e processuais domésticas, e à conexão de ambas com congêneres em outros países e com sistemas internacionais de regulação e cooperação).

Além disso, a evolução daquele quadro normativo internacional indica também a centralidade da percepção do problema da corrupção como um problema do "outro", representado por países "não ocidentais", "em transição" e "em desenvolvimento" (Shore e Haller, 2005). Os pressupostos deterministas e "culturalistas" dessa percepção foram gradualmente substituídos, no âmbito acadêmico, entre os anos 1970 e 1990, pelas abordagens institucionalistas que descrevem e prescrevem certos arranjos formais (leis e instituições) como mais ou menos favorecedores da corrupção – fazendo então emergir os discursos políticos e científicos sobre *governança*, *accountability* e *transparência* (MacLennan, 2005; Shore e Haller, 2005).

Ainda assim, é significativo, em vários autores dessa literatura (Girling, 1997; Johnston, 1997; Kornais e Rose-Ackerman, 2004; Rose-Ackerman, 1997, 2005), que a corrupção apareça como problema econômico e político de determinados países, de determinadas regiões do globo: África, Ásia, Leste Europeu e América Latina.

Um trecho de um desses trabalhos é bastante ilustrativo dessa percepção do problema da corrupção: ao mesmo tempo que o combate à corrupção caracteriza-se como uma "revolução global" que não distingue países e regiões, sua emergência é ilustrada pelos exemplos de países de desenvolvimento econômico tardio e/ou com histórico de regimes políticos autoritários:

> Nos últimos quatro anos, a corrupção foi transformada, de uma preocupação predominantemente nacional ou regional, em uma questão de força revolucionária global. Em menos de meia década, a reação mundial contra a corrupção varreu como uma tempestade de fogo o cenário político global. Governos caíram. Partidos no poder de longa data foram tirados de seus cargos. Presidentes, primeiros-ministros, parlamentares e outrora poderosos chefes corporativos foram acusados por promotores e levados ao banco dos réus. Itália, França, Japão, Coreia do Sul, Índia, México,

[9] Para uma crítica do mercado de carbono como solução para o problema ambiental, ver Lohmann (2008) e Lohmann e Sexton (2010).

Colômbia, Brasil, África do Sul: nenhuma região e quase nenhum país esteve imune (Glynn et al., 1997, p. 7, com tradução minha).

Embora as décadas seguintes tenham revelado novos casos de corrupção nos EUA e na União Europeia (UE) (MacLennan, 2005; Shore, 2005),[10] a ascensão do combate à corrupção como um problema de sociedades transicionais foi uma característica marcante dos debates políticos e acadêmicos dos anos 1990, baseados no diagnóstico de que a corrupção seria resultado da incapacidade de construção de burocracias racionais e legais, associadas à persistência de traços sócio-históricos característicos do "sul global":[11] culturas institucionais, valores éticos, identidades nacionais etc.

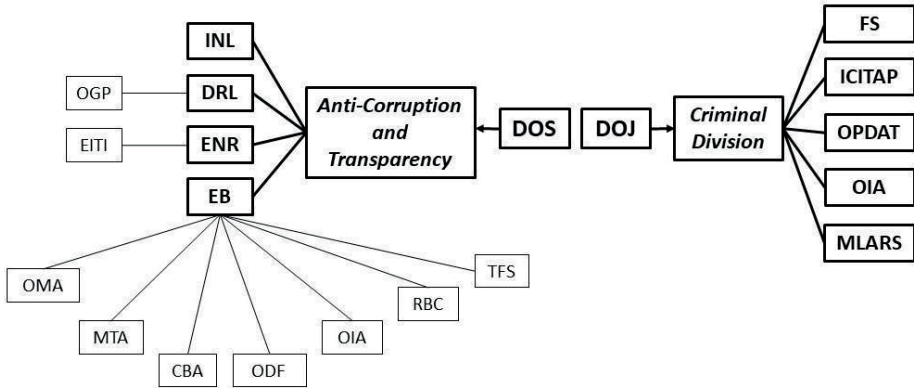
2.3 As políticas anticorrupção dos EUA na Ordem Global

Por fim, é importante voltar ao papel dos EUA. Além de levar ao ambiente institucional internacional os padrões regulatórios que deram início ao desenvolvimento das políticas globais anticorrupção, os EUA mantêm outros instrumentos de política ligados ao combate judicial à corrupção em outros países. Esses instrumentos estão situados em diferentes órgãos e programas dos Depar-

[10] A análise de MacLennan (2005) sobre o caso Enron nos EUA se dá justamente no sentido de resgatar as evidências e os debates de décadas anteriores sobre a corrupção no país. Da mesma forma, é preciso lembrar como os casos Watergate e Lockheed são apresentados pela literatura sobre a "emergência global" do problema da corrupção como marcos que induziram a criação do FCPA e as primeiras gestões dos EUA junto à OCDE, ainda nos anos 1970 (Elliott, 1997; Glynn et al., 1997). Nesse sentido, a "novidade" do caso Enron, analisado por MacLennan (2005), e da corrupção na UE, analisada por Shore (2005), assim como dos casos posteriores da empresa Siemens e do banco Goldman Sachs no final da década de 2000, estaria justamente em sua revelação já no contexto da nova ordem global pós-Guerra Fria, na qual os modelos estatais e empresariais de governança dos países centrais seriam o modelo de virtude institucional.

[11] A expressão "sul global" surge, no contexto da globalização, como substituto conceitual do "terceiro mundo" do período da Guerra Fria (Visentini, 2015); embora seja, em geral, usada em referência aos países da América Latina, África e Ásia nos estudos pós-coloniais (Meneses, 2008; Santos, 2008), sua conceituação "ultrapassa a categoria geográfica e se assenta sobre uma concepção política e econômica. Os países do Sul são países em vias de desenvolvimento, periféricos, que compartilham situações socioeconômicas e político-culturais tanto entre seus contextos locais como nos âmbitos regionais" (Lechini e Machado, 2014). Nesse sentido, ver como, na análise que Shore (2005) faz sobre a corrupção na União Europeia, a oposição entre "norte" e "sul" se reproduz nos conflitos de "culturas" entre países europeus do norte e países mediterrâneos.

tamentos de Justiça (*Department of Justice*, DOJ) e de Estado (*Department of State*, DOS) do governo estadunidense, esquematizados na figura 1.

Figura 1 – Órgãos do Departamento de Estado e do Departamento de Justiça do governo dos EUA direcionados para o combate à corrupção

Fonte: elaborado pelo autor, a partir de U.S. Department of Justice (s.d.) e U.S. Department of State (s.d.).

Anti-corruption and Transparency é um tema de política (*policy issue*) que agrega diferentes órgãos internos do DOS, mesmo que eles não tenham atuação exclusiva de combate à corrupção. O Bureau of International Narcotics and Law Enforcement Affairs (INL), braço do DOS voltado para o combate internacional ao tráfico de drogas e ao crime organizado, atua no combate à corrupção na interface entre crime organizado, lavagem de dinheiro e corrupção.

O Bureau of Democracy, Human Rights and Labor (DRL), dedicado à promoção internacional de direitos humanos, liberdades civis e do *rule of law*,[12] é responsável pela representação dos EUA no Open Government Partnership (OGP), uma articulação internacional de países, organizações da sociedade civil e lideranças locais voltada para a produção de diretrizes de governança, transparência e *accountability*. O Bureau of Energy Resources (ENR) representa os

[12] *Rule of law* é aqui entendido como a formatação de modelos de Estado e de direito característicos da difusão da democracia neoliberal na globalização, e que orientam reformas institucionais nos países do sul global; essa concepção será importante para a análise das reformas judiciais na América Latina, na próxima sessão do texto. Nesse sentido, ver Dezalay e Garth (2010, 2011) e Engelmann (2013). Sobre a relação entre regimes regulatórios globais e um *international rule of law*, ver Jovanovic (2015).

EUA na Extractive Industries Transparency Initiative (EITI), uma iniciativa global de países voltada à definição de padrões de governança e transparência nas cadeias produtivas de óleo, gás e recursos minerais.

O Bureau of Economic and Business Affairs (EB), responsável pela diplomacia econômica e comercial dos EUA, atua nos seus esforços anticorrupção por meio das seguintes divisões e ações: o Office of Monetary Affairs (OMA), que representa os EUA junto ao Fundo Monetário Internacional (FMI) e à OCDE, inclusive em temas relacionados à corrupção; o Office of Multilateral Trade Affairs (MTA), que atua junto à OMC e na construção de acordos comerciais dos EUA com outros países; o Office of Commercial and Business Affairs (CBA), que presta assistência a empresas estadunidenses em transações comerciais internacionais; o Office of Development Finance (ODF) atua em projetos internacionais de promoção do desenvolvimento, com foco na abertura de mercados, mantendo relações com o Banco Mundial (BM) e outros bancos regionais de desenvolvimento, como o Banco Interamericano de Desenvolvimento (BID), e com a OCDE, a ONU, o G20 e o G7; o Office of Investment Affairs (OIA) atua na promoção de *ambientes* favoráveis aos investimentos dos EUA no mundo e na regulação de investimentos estrangeiros nos EUA.

Além disso, estão ligados à diplomacia econômica estadunidense o Responsible Business Conduct (RBC), um projeto de incentivo à adoção de práticas de comércio responsável, articulando governos, empresas e organizações da sociedade civil; e o Counter Threat Finance and Sanctions (TFS), que atua na coordenação do governo dos EUA no estabelecimento de sanções internacionais a governos e agentes privados considerados ameaças à segurança nacional estadunidense, e que também atua junto ao Financial Action Task Force/Groupe d'Action Financière (FATF/GAFI).

No que se refere ao DOJ, trata-se de um órgão de ação predominantemente doméstica (equivalente a um Ministério da Justiça, com várias atribuições ligadas ao *Law enforcement* no território nacional), mas cujos órgãos associados ao combate à corrupção possuem diferentes programas e ações na esfera internacional. Dentro de sua Divisão Criminal (*Criminal Division*), a Fraud Section (FS) é a responsável pela aplicação, no âmbito doméstico, do FCPA, a legislação estadunidense de combate à corrupção que estabelece a jurisdição dos EUA sobre empresas nacionais atuantes no exterior, mas também sobre empresas estrangeiras atuantes nos EUA; o International Criminal Investigative Training Assistance Program (ICITAP) atua junto a governos estrangeiros no desenvolvimento de profissionais e de instituições de justiça criminal por meio de visitas técnicas, programas de treinamento e tutoria e doação

de equipamentos; o Office of Overseas Prosecutorial Development Assistance and Training (OPDAT) age contra crimes transnacionais, estabelecendo parcerias com Estados estrangeiros tanto para a colaboração em investigações e ações penais quanto para o estabelecimento de programas de assistência e desenvolvimento a instituições e profissionais de justiça criminal de outros países; o Office of International Affairs (OIA) atua junto a outros países para a prisão de foragidos internacionais para a extradição de condenados dos EUA para seus países de origem e para o compartilhamento de evidências e documentos para a construção de ações penais nos EUA e nos países parceiros; por fim, o Money Laundering and Asset Recovery Section (MLARS) concentra as ações do DOJ de combate à lavagem de dinheiro e de recuperação de ativos derivados de atividade criminal, em ações diretas e em colaboração com governos estrangeiros, inclusive para a capacitação de pessoal.

É importante frisar, em relação às ações anticorrupção do governo dos EUA, que vários órgãos e ações mencionados acima são desenvolvidos de maneira conjunta entre DOS e DOJ, e também com participação de outras agências governamentais, como o Departamento de Defesa e a United States Agency for International Development (USAID).[13] Esse tipo de relação entre órgãos do governo dos EUA voltados para o combate à corrupção e suas conexões com organismos internacionais e com países específicos da América Latina configura uma abrangente rede de difusão das políticas anticorrupção no continente, a partir da América do Norte, como se verá na seção seguinte.

3 A Internalização do Combate à Corrupção na América Latina

3.1 A Incorporação das Diretrizes Internacionais

A inserção dos países da América Latina nas políticas globais de combate à corrupção se dá por diferentes vetores. O primeiro deles, mais evidente, é a adesão daqueles países a normativas internacionais sobre o combate à corrupção listadas na seção anterior. O quadro 2 detalha a adesão dos 20 países latino-americanos às Convenções das Nações Unidas Contra o Tráfico de Entorpecentes (1988),

---

[13] As informações sobre os órgãos do governo estadunidense descritas e analisadas nesta seção foram obtidas nos *sites* oficiais do DOS (U.S. Department of State [s.d.]) e do DOJ (U.S. Department of Justice [s.d.]).

Interamericana Contra a Corrupção (1996), das Nações Unidas Contra o Crime Organizado (2000) e Contra à Corrupção (2003).

Quadro 2 – Anos de assinatura e de ratificação de convenções internacionais relacionadas ao combate à corrupção pelos países da América Latina (1988-2009)

	Convenção das Nações Unidas Contra o Tráfico Ilícito de Entorpecentes (1988)		**Convenção Interamericana Contra a Corrupção**		**Convenção das Nações Unidas Contra o Crime Organizado (2000)**		**Convenção das Nações Unidas Contra a Corrupção (2003)**	
Países	Assinatura	Ratificação	Assinatura	Ratificação	Assinatura	Ratificação	Assinatura	Ratificação
Argentina	1988	1993	1996	1997	2000	2002	2003	2006
Bolívia	1988	1990	1996	1997	2000	2005	2003	2005
Brasil	1988	1991	1996	2002	2000	2004	2003	2005
Chile	1988	1990	1996	1998	2000	2004	2003	2006
Colômbia	1988	1994	1996	1998	2000	2004	2003	2006
Costa Rica	1989	1991	1996	1997	2001	2003	2003	2007
Cuba	1989	1996	–	–	2000	2007	2005	2007
Equador	1989	1990	1996	1997	2000	2002	2003	2005
El Salvador	–	1993	1996	1998	2000	2004	2003	2004
Guatemala	1988	1991	1996	2001	2000	2003	2003	2006
Honduras	1988	1991	1996	1998	2000	2003	2004	2005
México	1989	1990	1996	1997	2000	2003	2003	2004
Nicarágua	1988	1990	1996	1999	2000	2002	2003	2006
Panamá	1988	1994	1996	1998	2000	2004	2003	2005
Paraguai	1988	1990	1996	1996	2000	2004	2003	2005
Peru	1988	1992	1996	1997	2000	2002	2003	2004
República Dominicana	–	1993	1996	1999	2000	2006	2003	2006
Uruguai	1989	1995	1996	1998	2000	2005	2003	2007
Venezuela	1988	1991	1996	1997	2000	2002	2003	2009

Fonte: elaborado pelo autor, a partir de Organization of American States (s.d.) e United Nations (s.d./a, b).

Percebe-se a adesão massiva dos países latino-americanos a essas normas internacionais, desde a sua assinatura (com exceções pontuais, como são os casos

de El Salvador e República Dominicana em relação à Convenção de 1988) até sua adesão (com exceção de Cuba, que, por não fazer parte da Organização dos Estados Americanos no período entre 1962 e 2009, não assinou nem ratificou a Convenção Interamericana de 1996).

Relacionada a esse processo está a produção legislativa doméstica para o combate à corrupção, em geral, decorrente daqueles compromissos internacionais assumidos pelos países. Nesse sentido, e como nos interessa especialmente a mobilização judicial desses instrumentos legislativos de combate à corrupção, é preciso destacar a relação entre reformas judiciais e anticorrupção nos países da América Latina.

3.2 Reformas Judiciais e Reformas Anticorrupção

Entre o final dos anos 1980 e o início dos anos 1990, a maior parte dos países latino-americanos que passaram por regimes autoritários implementaram instituições de democracia representativa e regimes de liberdades civis e abriram suas economias. As constituições nacionais elaboradas nesse período podem ser, no geral, caracterizadas pelo estabelecimento das cartas de direitos fundamentais individuais e sociais e pelo fortalecimento das instituições judiciais responsáveis por sua efetivação (Villadiego e Burbano, 2016).

As reformas judiciais, portanto, foram sendo realizadas a partir daquelas transições, seja na própria elaboração das novas constituições desses países, seja em processos de reforma imediatamente anteriores ou subsequentes, motivados pela persistência de (ou surgimento de novos) problemas de acesso à justiça, impunidade, criminalidade, insegurança jurídica e *accountability* (Azevedo, 2005; Faundez e Angell, 2005; Inclán e Inclán, 2005; Taylor, 2008; Villadiego e Burbano, 2016).

O quadro abaixo mostra a evolução dessas reformas nos países latino-americanos e também apresenta a sequência das especificamente voltadas para o combate à corrupção;[14] as células foram sombreadas em diferentes tons, dos

[14] O quadro foi elaborado a partir de fontes secundárias e, por isso, é incompleto e parcial, especialmente no que se refere à ocorrência de reformas judiciais e institucionais em alguns dos países; contudo, considero as informações disponíveis suficientes para os fins que têm neste trabalho – mostrar os tipos e sequências de reformas judiciais e anticorrupção nos países da América Latina.

mais claros aos mais escuros, para identificar as décadas nas quais as reformas aconteceram.[15]

Percebe-se, em primeiro lugar, que reformas institucionais do sistema de justiça, bem como reformas da justiça civil e criminal, acontecem majoritariamente nos anos 1990, simultânea ou imediatamente após as constituições dos países latino-americanos que vivenciaram transições de regimes autoritários para democráticos.

Quadro 3 – Reformas judiciais e anticorrupção em países da América Latina (1844-2015)

	Reformas institucionais					Revisão constitucional	Reformas de justiça civil		Reformas de justiça criminal	Legislação anticorrupção		
Países	Constituição	Ministério Público	Defensoria Pública	Órgão de governo judicial	Formação e carreira judicial	Poderes concentrados de revisão constitucional	Reformas processuais	Meios alternativos de solução de conflitos	Reformas processuais	Lavagem de dinheiro	Financiamento de campanhas eleitorais	Acesso à informação
Argentina	1994	1994		1994/ 1998/ 1999	1994	1994		2010	1994	2000	2009	2003
Bolívia	2009		1992/ 2003	1994 1997	1994	1994	2013	1996	1990 2001	1997	2010	2005
Brasil	1988	1988	1988/ 2004	2004		1988	1995	1997 2015	1995	2003	2005	2011

[15] O ano da última constituição de cada país é o que consta da primeira coluna do quadro; nas demais colunas, foram informados os anos de todas as principais reformas realizadas após o ano da última constituição, ou aquelas realizadas após a década de 1980 (no caso de países que criaram novas constituições recentemente, ainda que tenham passado pelos mesmos processos de elaboração de novas constituições entre os anos 1980 e 1990, como é o caso da Bolívia e do Equador). Em relação às reformas institucionais relativas ao Ministério Público, Defensorias Públicas e órgão de governo judicial, foram informados os anos de mudanças que criaram ou aumentaram o poder dessas agências. Quando não foram encontradas informações confiáveis, as células foram deixadas em branco (ver nota 14, acima).

Chile	1980	1997	2001		1995		2002 2004		1995	2003	2005	2008
Colômbia	1991	1997	2004	1991	1996	1991	2012	1991/ 1998/ 2001/ 2012	2004	2000	2011	2014
Costa Rica	1949	1998	1970	1991	1993	1993	2007	2006	1998	2002	2009	2012
Equador	2008	2008		1992/ 1996	2003	1996	2015		1998/ 2001	2005	2009	2004
El Salvador	1983		1983	1991/ 1992		1983		2002	1997/ 1998	2000	2009/ 2013	2012
Guate-mala	1985	1996	1998	1999	1994	1985		1995	1992	2001	2007	2008
Honduras	1982		1994	2000/ 2002	1989/ 1992/ 2002	2000	2007	2000	2002	2002	2004	2008
México	1917			1994	1994	1995				1996	2008/ 2014	2006
Nicarágua	1987	2001	2001						2001	2008	2000	2007
Panamá	1972		1991		1991 1993	1991		1999	1984	2015	2006	2002
Paraguai	1992	1992		1992/ 1994		1992				1997	1996	2014
Peru	1993	1993			1993	1993	1993	1997	2003	2002	2005	2002
Rep. Domini-cana	1844		2002			1994				2002	1997	2004
Uruguai	1830		1917/ 2005		2003		1988			2004	2009	2008
Venezuela	1999	1999	1999		1999/ 2000			1994	1998	2005	2010	

Fonte: elaborado pelo autor, a partir de Almeida (2014), Hagino e Kerche (2019), Santiago Barra (2014), Casas-Zamora e Carter (2017), Inclán e Inclán (2005), Legal Ethics Compliance (2018), Taylor (2008), Villadiego Burbano (2016).

No que se refere especificamente às reformas processuais, percebe-se uma segunda onda acontecendo a partir dos anos 2000, tanto na justiça civil quanto na criminal, acompanhadas de uma nova onda de reformas que introduzem meios alternativos de solução de conflitos. Também é nos anos 2000 que alguns

países voltam a fazer reformas institucionais do sistema de justiça, quase uma década após suas constituições.

E é também a partir dos anos 2000, alcançando a segunda década deste milênio, que são estabelecidas as principais legislações relacionadas ao combate à corrupção, resultado do processo de incorporação de diretrizes internacionais identificado anteriormente (quadro 2). Associadas a essas legislações estão a introdução e o uso de diversos mecanismos específicos que permitem o estabelecimento de cooperação bilateral entre países em torno de investigações e casos concretos específicos, e que fazem parte dos modelos de combate judicial à corrupção difundidos internacionalmente, tais como *pedidos de cooperação internacional*, que permitem a produção conjunta e o compartilhamento de provas e documentos processuais; e o estabelecimento de *Equipes Conjuntas de Investigação* (ECI) (Angélico, 2019).

Essas tendências devem ser lidas considerando alguns fatores já explorados pela literatura. O primeiro deles tem a ver com as *duas agendas* para as reformas judiciais na América Latina nos anos 1990 e 2000 (Thome, 2000): de um lado, as *agendas democratizantes*, associadas aos processos de redemocratização de países que experimentaram ditaduras e violência de Estado, impulsionadas por movimentos sociais e pelo ativismo de juristas pelo acesso à justiça e pelo controle do poder punitivo estatal; de outro, as *agendas de modernização econômica*, associadas às diretrizes dos organismos internacionais que orientam a abertura daquelas economias em desenvolvimento e que focam a racionalização de procedimentos, a redução de custos e a segurança jurídica na administração da justiça.

Embora não sejam em si e em tese concorrentes, a existência dessas duas agendas, não raro, gerou conflitos nos campos jurídicos nacionais, resultando em reformas mitigadas, no tempo e no espaço, que ora sinalizavam para maior acesso à justiça, ora voltavam-se para a redução dos custos e para a racionalização dos serviços e decisões judiciais (Villadiego e Burbano, 2016).

Nesse sentido, por exemplo, as reformas de simplificação processual voltadas para a ampliação do acesso da população ao Judiciário, os poderes do Ministério Público e de Defensorias Públicas em representarem interesses e a própria revisão de constitucionalidade podem ser vistas como instrumentos de democratização do sistema de justiça e de efetivação das generosas cartas de direitos presentes nas constituições dos anos 1980 e 1990; por outro lado, as reformas processuais dos anos 2000, os órgãos de governo judicial e as escolas de formação de magistrados, em geral, são associadas à agenda de racionalização do serviço judicial demandadas pelos agentes de mercado e pelos organismos multilaterais.

Entre uma coisa e outra, podemos citar os exemplos da introdução dos meios alternativos de solução de conflitos, que inicialmente atendiam a apelos de acesso e democratização da justiça, mas que mais recentemente passam a significar, em muitos casos, o barateamento e a precarização dos serviços judiciais voltados à população mais pobre.[16]

Outro fator que deve ser levado em conta diz respeito especificamente às reformas da justiça criminal, aspecto que é central para a análise deste trabalho. Apesar da crítica à violência de Estado que acompanhou muitos processos de redemocratização no continente, e que impulsionou esforços de políticas de direitos humanos e reformas processuais baseadas na proteção do indivíduo contra o poder estatal, as sociedades dos países latino-americanas viram crescer, ao longo dos anos 1980 e 1990, os índices de violência e de criminalidade, aumentando a sensação de insegurança e de impunidade e as demandas por soluções de força por parte de seus governos.

Nesse contexto, o rumo das reformas penais na América Latina desde então tem sido o de reformar o processo penal, buscando aumentar sua efetividade (mesmo que em detrimento de direitos fundamentais dos acusados), e a legislação penal, apostando na criação de novos crimes e no aumento de penas como solução para problemas associados à violência urbana – tudo isso em paralelo com o sistemático desrespeito aos direitos humanos presente nas práticas de instituições policiais e de justiça no continente (Azevedo, 2005; Misse, 2019).

Esses dois fatores – as tensões entre *democratização* e *eficiência econômica* nas reformas da justiça, e entre *direitos fundamentais* e *efetividade* nas reformas da justiça criminal – convergem no momento em que os países da América Latina começam a introduzir mecanismos de combate à corrupção em suas legislações e sistemas de justiça, a partir dos anos 2000. As diretrizes de organismos multilaterais que informaram muitas reformas institucionais, cíveis e criminais dos sistemas de justiça latino-americanos passaram a prevalecer ao final dos anos 1990 e 2000, e construíram a conexão – que já foi notada na construção institucional e discursiva das políticas globais anticorrupção – entre combate à corrupção, transparência, *accountability* e *rule of law*.

Esses fatores associam-se no guarda-chuva político e conceitual da “reforma do Estado” que, manifestando-se por meio de reformas específicas (políticas, econômicas, judiciais, educacionais), apontam para a concretização do ideal de

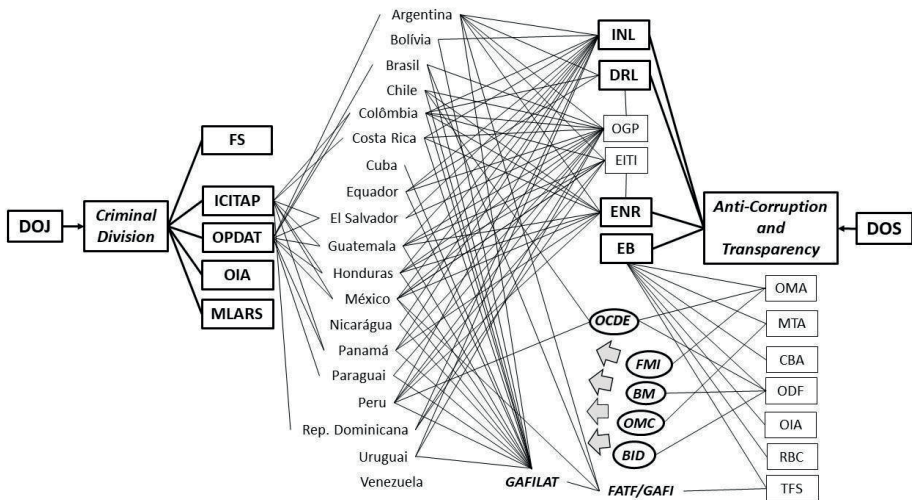
---

[16] Sobre a incorporação mitigada dessas diferentes agendas de reforma judicial no Brasil, ver Cunha e Almeida (2012), Sinhoretto (2014), Sinhoretto e Almeida (2013).

democracia representativa, capitalista e moralmente virtuosa que foi gerado na ordem global logo após a queda do muro de Berlim (Diniz, 2001; Moraes, 2002).

3.3 As relações dos EUA com os países da América Latina

Além dos processos de reformas institucionais e legislativas orientadas pelas diretrizes globais de combate à corrupção, a incorporação das políticas globais para o tema passa também pela relação direta dos EUA com a América Latina. As conexões presentes no diagrama abaixo não querem dizer que todas as ações ou programas dos órgãos analisados do DOJ e do DOS estejam especificamente voltados para o combate à corrupção. O que se quer destacar aqui são as conexões que esses órgãos, expressamente engajados nas políticas anticorrupção dos EUA, têm na América Latina, que podem ser eventualmente acionadas para ações específicas de combate à corrupção.

Figura 2 – Atuação de órgãos do Departamento de Estado e do Departamento de Justiça do governo dos EUA direcionados para o combate à corrupção nos países da América Latina

Fonte: elaborado pelo autor, a partir de Extractive Industries Transparency Initiative (s.d.), Financial Action Task Force (s.d.), U.S. Department of Justice (s.d.) e U.S. Department of State (s.d.).

Percebe-se que as ações dos dois departamentos do governo estadunidense abrangem praticamente toda a América Latina. Da parte do DOJ, que é um

órgão de ação predominantemente doméstica, ainda assim se destacam as ações de cooperação internacional (especialmente de treinamento de quadros das instituições judiciais e policiais locais) pelo ICITAP e pelo OPDAT.

Além disso, é preciso notar que, embora não tenham sido identificados programas ou ações permanentes com países específicos da América Latina, FS, OIA e MLARS trabalham justamente estabelecendo colaborações com outros países em casos concretos que exijam a aplicação do FCPA, a prisão ou a extradição de foragidos, a identificação de operações de lavagem de dinheiro e a recuperação de ativos.

Já da parte do DOS, a ação internacional de órgãos ligados ao combate à corrupção é obviamente mais abrangente e, na relação direta com países latino-americanos, está mais concentrada no INL e no ENR, reforçando a política energética e a guerra às drogas como vetores estratégicos da exportação de modelos institucionais e legais de combate judicial à corrupção dos EUA para aqueles países.[17] No caso do ENR, sua participação no EITI potencializa seu papel na difusão desses modelos junto aos demais países membros daquela iniciativa, para além das conexões diretas que aquele órgão do DOS estabelece com os Estados latino-americanos.

As ações do DRL (especialmente por meio do OGP) e do EB (especialmente por meio de suas ações junto a organismos internacionais, afetando indiretamente outros países) fecham as conexões das redes internacionais de difusão das políticas de combate judicial à corrupção, tendo os EUA um papel central nessa teia, seja pelas suas gestões em organizações internacionais, seja pela sua ação direta sobre a América Latina. Nesse sentido, destacam-se o BM, o FMI, a OCDE, o BID, o FATF/GAFI e seu desdobramento para a América Latina, o Grupo de Acción Financiera de Latinoamérica (GAFILAT).

E se o maior número de conexões visíveis dos EUA com os países latino-americanos se dá por meio dos órgãos e das ações voltadas para o combate ao tráfico internacional de drogas (INL) e da política energética (ENR), reforçando a associação entre combate à corrupção e segurança que emerge na política internacional a partir de fins dos anos 1990, a atuação dos órgãos do DOS destinados ao *rule of law* (DRL) e ao comércio internacional (EB) mantém a associação entre corrupção, democracias liberais e economias internacionalizadas que caracteriza os discursos e as políticas emergentes no período imediatamente após o fim da Guerra Fria.

---

[17] Sobre o papel da segurança energética e do tráfico internacional de drogas na política internacional dos EUA, ver Ayerbe (2005), Herz(2002) e Jesus (2014).

3.4 Circulação internacional de experts e expertises

Por fim, é importante dizer que a construção de políticas domésticas influenciadas pelas políticas globais de combate à corrupção passa pela produção e pela circulação internacional de *expertises*, em paralelo e complementação aos processos propriamente institucionais. Parte importante desse processo se dá por meio das próprias iniciativas institucionais que conectam as políticas locais às políticas globais de combate à corrupção: a elaboração de modelos e de comunidades epistêmicas de especialistas que circulam em fóruns e programas de organismos multilaterais[18] e os programas de formação de quadros de instituições de justiça locais pelo DOS e DOJ.

Além disso, a produção acadêmica de conhecimento científico sobre a corrupção, que foi mencionada anteriormente, também participa desses circuitos de difusão internacional de *expertises*, especialmente no âmbito da ciência política, da gestão pública e do direito. No caso do Direito, especificamente, diversos estudos têm verificado a internacionalização dos campos jurídicos nacionais e a circulação internacional de juristas em países latino-americanos, no contexto da globalização, processos associados diretamente às redefinições de teorias e práticas jurídicas e do próprio espaço de produção acadêmica sobre o direito naqueles países (Dezalay e Garth, 2000, 2002; Sá e Silva, 2012).[19]

No que se refere ao combate à corrupção, o caso brasileiro traz evidências importantes sobre como esse processo ocorre no contexto latino-americano. Analisando a relação dos juristas da Operação Lava Jato com os especialistas anticorrupção da academia estadunidense de direito, Sá e Silva (2019) afirmam que:

> [...] embora esses processos sugiram algum grau de "imperialismo jurídico" por parte dos agentes norte-americanos, a realidade é mais complexa. Os modelos estrangeiros são muitas vezes apropriados funcionalmente por agentes que buscam legitimar suas pretensões localmente. Estabelece-se, assim, uma relação mais intrincada entre as elites do Norte e do Sul. As elites do Norte buscam parceiros que os ajudem a disseminar seus modelos; as do Sul buscam novas fontes de capital simbólico que podem mobilizar em suas lutas por poder. Na melhor das hipóteses (para as partes,

---

[18] Sobre a constituição de comunidades epistêmicas no ambiente internacional de formulação de políticas, ver Haas (2012; 1992).

[19] Para um balanço de como esses processos afetam diferentes áreas e grupos profissionais do direito no Brasil, ver Almeida (2018), Engelmann (2006, 2012a, 2012b, 2013) e Sá e Silva (2015).

bem entendido), a relação será de ganha-ganha; na pior, as elites do Norte terão servido de mero instrumento para os jogos e projetos de poder mantidos por seus parceiros do Sul.

Em artigo anterior sobre os trânsitos dos juristas da Operação Lava Jato em circuitos internacionais de produção de *expertise* anticorrupção (Almeida, 2018), denominei aquele processo e seus desdobramentos sócio-jurídicos e criminológicos no Brasil como um *duplo empreendedorismo*: de um lado, o *empreendedorismo jurídico* (Dezalay, 1994; Madsen e Dezalay, 2013), caracterizado justamente pela capacidade desses agentes dotados de novos e diferenciados capitais culturais e simbólicos, representados pelos títulos acadêmicos, em promoverem mudanças nas concepções e práticas jurídicas em seus campos jurídicos de origem; de outro, o *empreendedorismo moral* (Becker, 2008) caracterizado pela mobilização que esses agentes fazem de sua *expertise* na construção de uma cruzada moral criminalizante das práticas e atores políticos ligados ao problema da corrupção.

Há, por fim, outro impacto desses processos de exportação e importação de modelos de direito que merece destaque na presente análise: seja pelo seu caráter instrumental (para exportadores, mas especialmente para os importadores), seja pelas inevitáveis mediações e restrições pelas quais passam esses modelos em sua incorporação nos campos jurídicos nacionais. A importação de práticas judiciais de combate à corrupção pode dar-se de maneira seletiva e descontextualizada de suas origens históricas, culturais e assistemática no confronto entre ordens jurídicas diversas (Sá e Silva, 2019).

É nesse sentido, por exemplo, que devemos entender os debates sobre o tipo de construção probatória no processo penal praticado pela Operação Lava Jato no Brasil – especialmente a partir do trabalho acadêmico do procurador da República Deltan Dallagnol (2015), produzido em seus estudos nos EUA – em relação à diferença entre modelos de justiça criminal brasileiro (inquisitorial) e estadunidense (adversarial) (Sá e Silva, 2019).[20] E também os debates sobre a autonomia e a discricionariedade do Ministério Público brasileiro na elaboração

[20] Nesse aspecto, é importante resgatar a crítica de Kant de Lima (2004), para quem a diferença entre modelos adversariais e inquisitoriais de processo penal ultrapassa a comparação meramente técnico-procedimental da administração da justiça, representando diferentes regimes políticos e jurídicos de maior ou menor incorporação de práticas e culturas cívicas e republicanas.

de acordos de delação premiada em relação ao seu congênere nos EUA (Avrizter e Marona, 2017; Dias, 2017).[21]

Para além do caso brasileiro, a difusão descontextualizada de mecanismos jurídicos de combate à corrupção por países com diferentes sistemas políticos e institucionais tem sido apontada como um problema para a efetividade da cooperação internacional entre órgãos de controle latino-americano na expansão da Operação Lava Jato pelo continente (Angélico, 2019).

4 Os efeitos sobre as democracias latino-americanas, a expansão da Operação Lava Jato e o caso Odebrecht

4.1 Escândalos de corrupção e interrupção de mandatos presidenciais

Embora os discursos da difusão do *rule of law* a partir dos regimes regulatórios globais pós-Guerra Fria associem as suas agendas de reforma (entre as quais, as reformas judiciais e anticorrupção) à estabilidade das novas democracias nos países em transição política e econômica, a instabilidade continuou a ser uma marca dos países latino-americanos no período mais recente: se entre 1950 e 1970 as crises presidenciais resultaram em ruptura de regime por destituição presidencial, fechamento do Congresso e golpe em 73% dos casos (Gonçalves, 2016), 23% dos presidentes eleitos entre as décadas de 1970 e 1980, período de redemocratização do continente, não completaram seus mandatos (Hochstetler, 2007).

É óbvio que há uma diferença de grau e de sentido entre os dados apresentados: a proporção de interrupções de mandatos nas primeiras décadas das novas democracias latino-americanas (justamente, um período crítico da consolidação dos processos de transição) é menor do que a dos anos 1950 a 1970, e essas interrupções recentes não significaram necessariamente ruptura de regime, muito menos retrocessos aos regimes autoritários recém-dissolvidos. Além do mais, a maior parte desses casos se deu por mecanismos de interrupção constitucionalmente previstos: renúncia, *impeachment* ou outro tipo de afastamento pelo Legislativo.

[21] Ver também a comparação institucional feita por Kerche (2018) entre a Operação Lava Jato brasileira e a italiana Operação Mãos Limpas – modelo alegado de ação anticorrupção para a experiência brasileira (Moro, 2004) – levando em conta justamente a exportação e a importação de modelos jurídicos entre sistemas políticos e judiciais distintos.

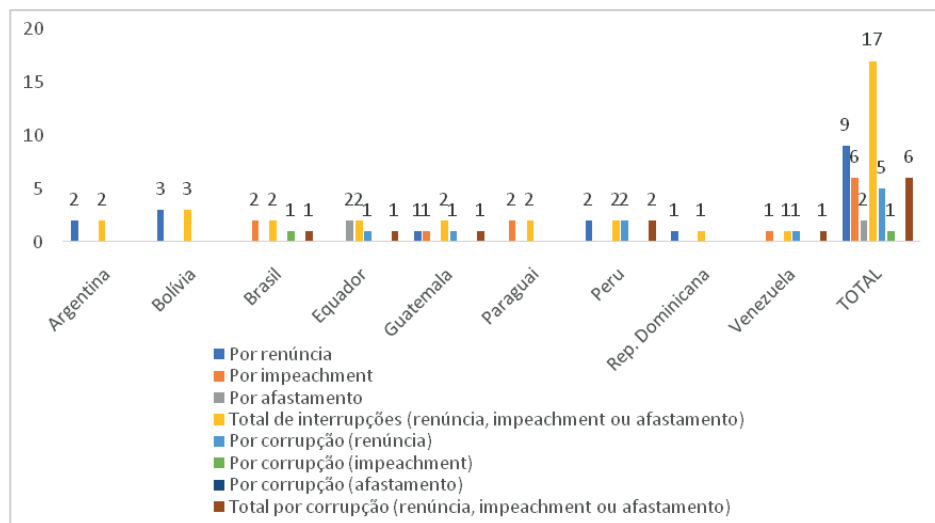
Ainda assim, o *impeachment* e outras causas de instabilidade política e interrupção de mandatos presidenciais em países da América Latina no período democrático têm sido objeto de estudos recentes. Entre as causas do fenômeno identificadas por essa literatura estão: crises econômicas, em geral, derivadas de políticas recessivas de viés neoliberal; escândalos políticos, incluindo (e especialmente) os de corrupção; presidentes minoritários no Congresso; comportamento imperial ou isolamento de presidentes; mobilizações populares e protestos de rua, muitas vezes canalizados pelos fatores anteriores; radicalização dos atores políticos dentro ou fora das arenas institucionais; interpretações casuísticas das regras do jogo pelo Congresso, de modo a viabilizar a interrupção do mandato presidencial como solução para uma crise política (Hochstetler, 2007; Kasahara e Marsteintredet, 2018; Llanos e Marsteintredet, 2010; Pérez-Liñán, 2018).

Embora os escândalos de corrupção estejam entre as variáveis consideradas para a explicação das crises que levam à interrupção de mandatos presidenciais, acredito que ainda há pouco esforço em entender os mecanismos e as dinâmicas específicas por meio dos quais esses escândalos contribuem para as crises políticas que apresentam tal desfecho.

Em outras palavras, acredito ser necessário algum esforço analítico no sentido de explorar especificamente a construção política, jurídica e simbólica dos escândalos de corrupção, bem como suas conexões com a opinião pública e os atores políticos centrais da crise. Para isso, é importante aprofundar-se no estudo do papel que têm nesses processos políticos as políticas anticorrupção, as instituições e os agentes judiciais até agora analisados neste trabalho.

O gráfico a seguir apresenta o peso relativo das acusações de corrupção nas interrupções de mandatos presidenciais em países da América Latina desde a década de 1980.[22] Do total de 17 presidentes que tiveram seus mandatos interrompidos no período analisado, 6 deles (35,3%) o foram com base em acusações de corrupção. Essas acusações impactam mais as interrupções por renúncia (5 casos, 29,4% do total) do que aquelas decorrentes de processos legislativos de *impeachment* ou afastamento.

[22] As informações sobre a incidência de denúncias de corrupção foram coletadas em material jornalístico e, por isso, podem conter algum grau de imprecisão – ainda mais quando as acusações de corrupção se misturam a outros fatores na alimentação de uma crise política que resulta em interrupção de mandato presidencial. Farei algumas considerações sobre isso ainda nesta seção do texto.

Gráfico 1 – Interrupções de mandatos presidenciais em países da América Latina por tipo de interrupção e acusações por corrupção entre os motivos oficialmente alegados (1985-2018)[23]

Fonte: elaborado pelo autor, a partir de Calle 2 (2016), Castro (2016), Chaib (2015), Kasahara e Marsteintredet (2018) e Radar Global (2018).

Se considerarmos, porém, que o processo de *impeachment* exige, em tese, a formulação de uma acusação formal minimamente baseada em evidências,[24] é compreensível que nesse tipo de interrupção de mandato presidencial seja menor a incidência das denúncias de corrupção. Os diferentes tempos dos escândalos políticos e dos procedimentos judiciais (Santos, 2005) permitem que, de um lado, o processamento burocrático das investigações criminais e das ações judiciais leve mais tempo do que uma crise política pode esperar por uma solução. Mas, de outro

[23] De acordo com a classificação utilizada por Kasahara e Marsteintredet (2018), a modalidade de interrupção por afastamento inclui decisões do Legislativo de interrupção do mandato presidencial por abandono do cargo ou por uma declaração genérica de incompetência para a continuidade no cargo, que não se confundem com o processo jurídico-político formal de impedimento (*impeachment*, *juicio político*); também não estão incluídas em nenhuma das modalidades as interrupções de mandato por motivos de saúde, morte ou ação militar.

[24] Não questiono que o *impeachment* seja um processo eminentemente político – daí seu nome em língua espanhola ser *juicio político* (Pérez-Liñán, 2018). Entretanto, e em comparação com as outras formas de interrupção de mandato presidencial aqui consideradas, é necessário destacar suas características propriamente jurídicas, seja do ponto de vista procedimental, seja do ponto de vista material. Nesse sentido, ver Queiroz (2017).

lado, as acusações por si só, mesmo antes de uma denúncia ou de uma sentença formal, produzem efeitos na contestação política a um presidente que torna a renúncia um caminho mais provável, diante da conjunção de outros fatores, como recessão econômica e protestos de rua (Hochstetler, 2007; Pérez-Liñán, 2018).

Além disso, é preciso considerar casos nos quais, mesmo sem que as denúncias por corrupção componham as razões formais de um processo de *impeachment*, elas possam fazer parte do conjunto de fatores desestabilizadores que levam à interrupção formal, pelo Legislativo, do mandato presidencial. Esse parece ser o caso do *impeachment* da presidenta brasileira Dilma Rousseff, em 2016, sob a alegação formal de que praticou operações fiscais irregulares (as chamadas "pedaladas fiscais"), mas em um contexto no qual as denúncias de corrupção envolvendo seu partido e o ex-presidente Lula da Silva a partir da Operação Lava Jato alimentaram a crise que levou ao seu impedimento pelo Congresso (E. M. de Almeida, 2019; F. Almeida, 2019; Freitas e Silva, 2019; Nunes e Melo, 2017).

4.2 O Caso Odebrecht

A propósito, a Operação Lava Jato é um bom caso para estudo das múltiplas relações políticas, jurídicas e culturais estabelecidas pelas políticas globais de combate à corrupção, e não apenas porque seria um caso emblemático de acionamento da complexa rede de mecanismos, instituições e agentes acima analisadas em um contexto nacional, mas principalmente porque o conjunto de ações policiais e judiciais iniciado no Brasil alcançou, a partir das investigações contra a empreiteira Odebrecht, desdobramentos em outros países da América Latina, contando ainda com o envolvimento direto das agências de *Law enforcement* do governo dos EUA.

A Operação Lava Jato teve início em março de 2014, com uma operação de busca, apreensão e prisão de doleiros acusados de manterem um esquema de lavagem de dinheiro sediado na cidade de Curitiba. Três dias depois seria preso um ex-diretor da estatal brasileira Petrobrás e, em outubro, a Operação chegaria às empreiteiras brasileiras acusadas de participarem de um esquema de desvio de recursos da petrolífera brasileira por meio de favorecimento em contratos e direcionamento de parte dos recursos para o financiamento de campanhas eleitorais do Partido dos Trabalhadores (PT) e outros partidos brasileiros.

A empreiteira Odebrecht foi alcançada pela Lava Jato em junho de 2015, com a prisão do seu presidente Marcelo Bahia Odebrecht na 14.ª fase da Operação. Os executivos da empresa foram denunciados à Justiça Federal um mês depois e seriam

condenados em março de 2016. Graças às investigações em informações apreendidas na empresa, em setembro de 2016 seria preso o ex-ministro do governo Lula, Antônio Palocci. Em dezembro do mesmo ano, a empresa e sua subsidiária Braskem assinou acordo de leniência com o MPF, comprometendo-se a colaborar com as investigações.

A colaboração da Odebrecht com as investigações levou a Lava Jato a iniciar, em março de 2017, investigações sobre quase 300 pessoas, sendo 83 delas detentoras de foro por privilégio de função junto ao Supremo Tribunal Federal (STF), por serem de cargos políticos. Também foi a partir da colaboração da Odebrecht que a Lava Jato teve desdobramentos no estado do Rio de Janeiro, onde teria papel fundamental na desarticulação das lideranças estaduais do Partido do Movimento Democrático Brasileiro (PMDB), incluindo o ex-presidente da Assembleia Legislativa Jorge Picciani e o ex-governador Sérgio Cabral. Seria também a colaboração da Odebrecht e de outras empreiteiras com a Lava Jato que permitiria à Operação chegar às principais lideranças do PT, incluindo o ex-presidente Lula.[25]

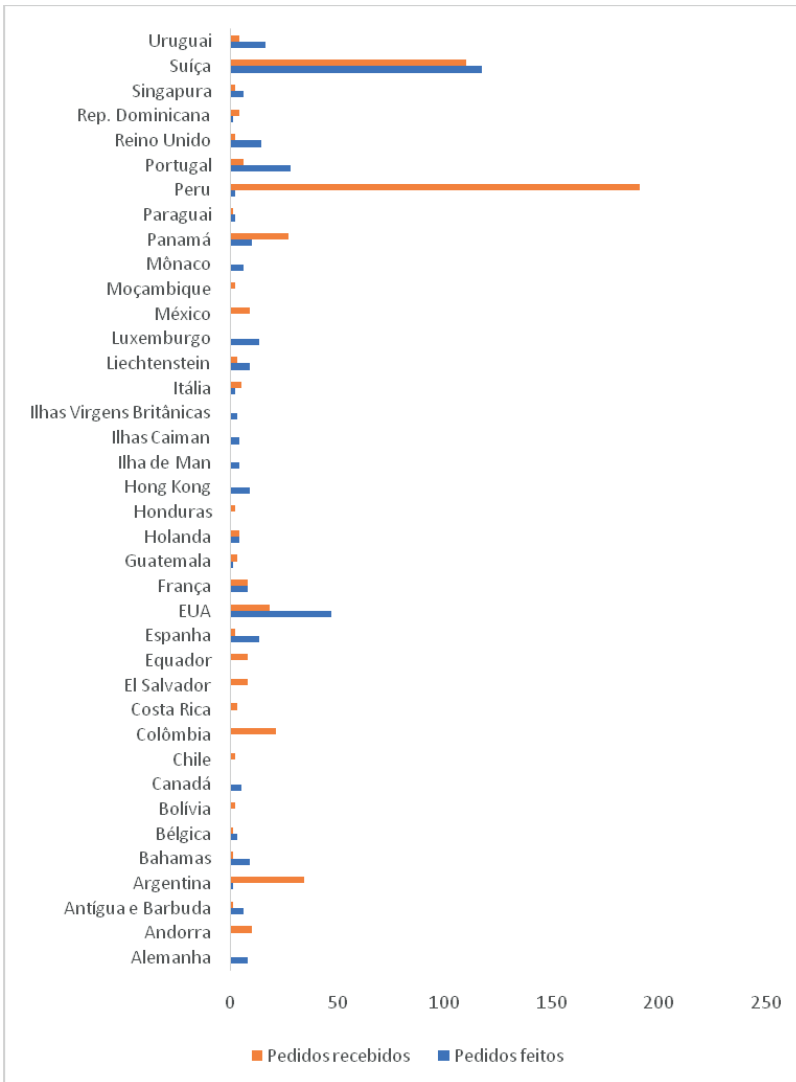
Em 2016, o Ministério Público Federal (MPF) estabeleceu acordo com o seu congênere suíço, a pedido do órgão estrangeiro, iniciando a extensão internacional das investigações relacionadas à empresa. As investigações feitas em conjunto entre o MPF do Brasil e da Suíça e o DOJ dos EUA seriam responsáveis pela extensão do alcance da Operação para vários outros países, inclusive na América Latina. Para esses desdobramentos da investigação sobre a Odebrecht, o MPF firmou acordos de cooperação internacional com 15 países no mundo todo (Machado, 2017).

A colaboração internacional para combate à corrupção no MPF é gerenciada pela Secretaria de Cooperação Internacional (SCI), vinculada ao gabinete do Procurador Geral da República (PGR). Por meio da SCI, além de estabelecer colaborações pontuais com países em torno de casos específicos, o MPF faz parte de seis redes internacionais de cooperação: a Rede Ibero-americana de Cooperação Judicial (IberRED); a Rede ibero-americana de Procuradores Especializados contra o Tráfico de Pessoas; a Rede de Cooperação Jurídica e Judiciária Internacional dos Países de Língua Portuguesa (Rede Judiciária da CPLP); a Rede Hemisférica de Intercâmbio de Informações para o Auxílio Jurídico Mútuo em Matéria Penal e de Extradição; a Rede de Recuperação de Ativos do GAFILAT; e a Plataforma de Pontos Focais de Recuperação de Ativos, ligada à Interpol.

---

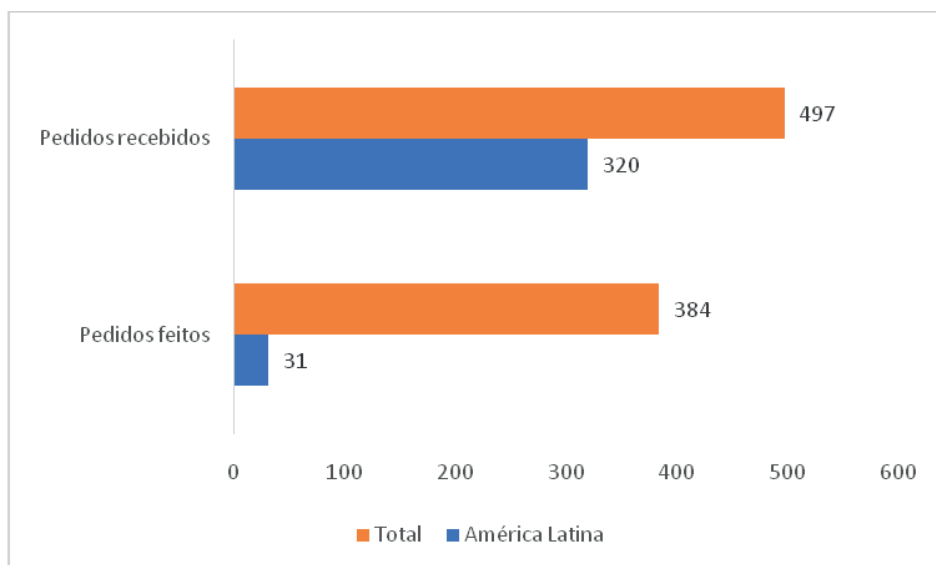
[25] Todas as informações sobre a Operação Lava Jato apresentadas até este momento do texto foram extraídas do *site* do MPF (Ministério Público Federal [s.d.]).

O gráfico seguinte mostra as quantidades de pedidos recebidos e feitos pelo MPF para cooperação internacional da Operação Lava Jato:

Gráfico 2 – Pedidos de cooperação internacional feitos e recebidos pelo MPF por país (2014-2019)[26]

Fonte: elaborado pelo autor a partir de Ministério Público Federal (s.d.).

[26] Para facilitar a visualização, foram mantidos na comparação apenas os países que fizeram ou receberam mais de um pedido de colaboração.

O gráfico seguinte mostra a representação dos países da América Latina em relação ao total de pedidos de cooperação feitos e recebidos.

Gráfico 3 – Pedidos de cooperação internacional feitos e recebidos pelo MPF por países da América Latina em relação ao total (2014-2019)

Fonte: elaborado pelo autor a partir do Ministério Público Federal (s.d.).

Do total de 497 pedidos recebidos pelo MPF, 320 (64,4%) vieram de países da América Latina, sendo o Peru o maior demandante (191 pedidos, 59,6% das solicitações latino-americanas e 38,4% do total). Como mostrarei adiante, além do Brasil, o Peru foi o país mais afetado politicamente pela extensão das investigações da Lava Jato em torno do caso Odebrecht. Fora da América Latina, o país que mais demandou o MPF foi a Suíça (110 pedidos, 22,1% do total), seguido dos EUA (18 pedidos) (Ministério Público Federal, [s.d.]).

Por outro lado, apenas 8% dos pedidos feitos pelo órgão brasileiro foram dirigidos a outros países do continente. Os maiores demandados pelo MPF, no mundo todo, foram a Suíça (31,2% do total), os EUA (12,6%) e, entre os países da América Latina, o Panamá (10 solicitações, quase um terço dos pedidos feitos a Estados latino-americanos) (Ministério Público Federal, [s.d.]). Isso tem a ver com as posições que Suíça e Panamá possuem nos esquemas de lavagem de dinheiro, graças às regras de seus sistemas bancários e, no caso dos EUA, justamente pela atuação extraterritorial que o DOJ possui por meio do FCPA.

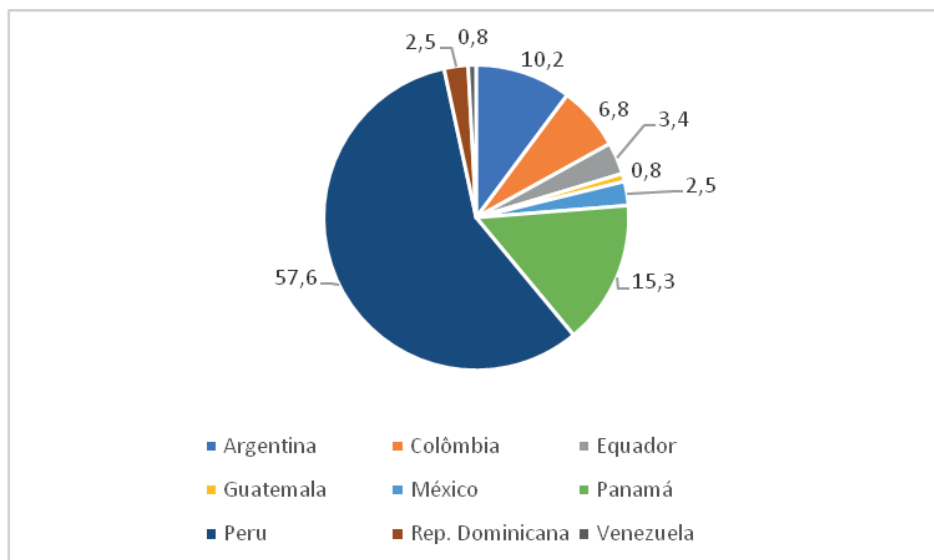
Percebe-se dos dados anteriores que a expansão da Operação Lava Jato pela América Latina teve como vetor as investigações brasileiras, sendo o MPF mais demandado do que demandante de cooperação com países do continente. Como demandante de colaboração, destacam-se as relações estabelecidas pelo MPF com a Suíça, os EUA e o Panamá, fato que ilustra os sentidos que têm, na ordem global, tanto os fluxos financeiros associados a práticas criminais quanto os circuitos de produção de informação e de efetividade dos mecanismos de combate transnacional à corrupção e à lavagem de dinheiro.

Ainda em 2016, a Odebrecht começava a sentir os efeitos dos regimes globalmente compartilhados de governança por meio de uma ação civil impetrada na justiça de Nova York por investidores estadunidenses da sua subsidiária Braskem, alegando que as práticas de corrupção causaram prejuízo aos investimentos realizados (*Estadão Conteúdo*, 2016).

Em dezembro de 2016, o DOJ revelou detalhes das investigações por ele conduzidas e do acordo realizado entre a Odebrecht/Braskem e o governo dos EUA (Alessi, 2017; Angélico, 2019; Terra, 2016): as empresas admitiram ter pago mais de US$ 1 bilhão em propina a funcionários públicos e políticos de 12 países, incluindo o Brasil e outros 9 latino-americanos (Argentina, Colômbia, República Dominicana, Equador, Guatemala, México, Panamá, Peru e Venezuela).[27]

A divulgação do acordo com a Odebrecht pelo DOJ iniciou um processo de intensa cooperação internacional dos países envolvidos com o MPF brasileiro. Apenas entre fevereiro de 2017 e dezembro de 2018, nove países envolvidos no caso fizeram, juntos, 118 pedidos de cooperação internacional, divididos conforme o gráfico a seguir. Além disso, em janeiro de 2019, foram iniciadas tratativas para o estabelecimento de equipes conjuntas de investigação do MPF com órgãos congêneres da Argentina e do Peru (Angélico, 2019).

[27] Os outros países envolvidos nas investigações internacionais do DOJ sobre o caso Odebrecht são Angola e Moçambique; sobre os desdobramentos da investigação nesses países africanos, ver Deutsche Welle (2017, 2019).

Gráfico 4 – Pedidos de cooperação internacional recebidos pelo MPF de países da América Latina relacionados ao caso Odebrecht (2017-2018)

Fonte: elaborado pelo autor a partir de Angélico (2019).

As revelações feitas a partir das investigações internacionais sobre a Odebrecht implicaram várias lideranças políticas importantes do continente nas últimas décadas: Cristina Kirchner (ex-presidente) na Argentina; Hugo Chávez, Nicolás Maduro (respectivamente, ex-presidente e presidente) e Henrique Capriles (líder oposicionista) na Venezuela; Juan Manuel Santos (ex-presidente) na Colômbia; Rafael Correa (ex-ministro da Fazenda e ex-presidente), Alecksey Mosquera Rodríquez (ex-ministro da Eletricidade) e Carlos Pólit (ex-controlador geral) no Equador; Ricardo Marinelli (ex-presidente) no Panamá; Maurício Funes (El Salvador); Alejandro Toledo, Alan García, Ollanta Humala, Pedro Pablo Kuczynski (ex-presidentes) e Keiko Fujimori (líder oposicionista, filha do ex-presidente Alberto Fujimori); Luís Inácio Lula da Silva, Michel Temer (ex-presidentes), Eduardo Cunha (ex-presidente da Câmara dos Deputados), Aécio Neves (ex-senador e ex-candidato à Presidência), entre outros, no Brasil (Alessi, 2017; Castro, 2016; J. F. da Cunha, 2017; Gazeta do Povo, 2019; Machado, 2017).

Em 2019, somavam sete os ex-presidentes que haviam sido presos (definitiva ou provisoriamente) em decorrência das acusações no caso Odebrecht:

Toledo, Humala e Kuczynski (Peru), Martinelli (Panamá), Funes (El Salvador), Lula e Temer (Brasil) (Gazeta do Povo, 2019; Marchao, 2019).

Nos EUA, as investigações do DOJ não revelaram envolvimentos de políticos, mas incluíram instituições financeiras – cujos nomes, contudo, foram mantidos em sigilo.[28] Segundo a procuradora-geral assistente da *Criminal Division* do DOJ Sung-Hee Sun, a expectativa do governo dos EUA era a de que o caso Odebrecht servisse de modelo de estratégias de combate internacional à corrupção (Basile, 2016). Em abril de 2017, com base nos acordos assinados com o DOJ, a Odebrecht foi condenada ao pagamento de US$ 2,6 bilhões em multas ao longo de 26 anos, sendo que US$ 2,39 bilhões seriam destinados ao Brasil, US$ 116 milhões à Suíça e US$ 93 milhões para os EUA (Carta Capital, 2017).

Como já dito, o Peru foi o país mais afetado pela extensão da Operação Lava Jato pela América Latina, o que justifica que seja o país que mais tenha estabelecido relações com o MPF brasileiro no caso Odebrecht. O país foi o primeiro a receber operações internacionais da Odebrecht, em 1979, e continuou a ser um dos países de maior inserção da empresa brasileira, que entre as décadas de 1990 e 2000 tornou-se a mais internacionalizada do ramo (Campos, 2008, 2012).

Além disso, os desdobramentos da Lava Jato afetaram diretamente o sistema político peruano. Quatro dos oito presidentes peruanos, desde o fim do governo militar em 1980, foram acusados em razão do caso Odebrecht: García (presidente por dois períodos), Toledo, Humala e Kuczynski. Este último renunciou ao cargo de presidente em por conta das acusações, em 2018. Todos eles foram presos em algum momento das investigações. Em um desfecho dramático, García suicidou-se quando a polícia chegou à sua residência para prendê-lo, em abril de 2019 (Marchao, 2019).

5 Considerações Finais

Os desdobramentos da Operação Lava Jato na América Latina demonstram a potência do acionamento das redes de instituições, mecanismos, agentes

---

[28] É curioso observar que o documento oficial do acordo estabelecido entre o DOJ e a Odebrecht (United States of America 2016) não cita expressamente os nomes de nenhum dos envolvidos, sejam executivos, sejam políticos; ainda assim, os nomes dos políticos envolvidos nas acusações circularam amplamente pela imprensa, sendo que o mesmo não aconteceu com os bancos dos EUA envolvidos no caso.

e discursos das políticas globais anticorrupção, seja no que se refere aos alcances da persecução penal, seja aos efeitos sobre a política dos países envolvidos.

No confronto entre essas duas dimensões do mesmo fenômeno, é importante levar-se em conta o *trade off* entre o desbaratamento de complexos esquemas de corrupção – cujo caráter pernicioso para as sociedades e sistemas políticos do continente não se questiona neste texto – e os efeitos desestabilizadores que o combate judicial à corrupção tem sobre os regimes democráticos latino-americanos. Esses efeitos desestabilizadores têm seus exemplos mais recentes e dramáticos nos desdobramentos políticos do caso Odebrecht no Brasil e no Peru, mas estão presentes em todo o período da redemocratização do continente, como mostram os dados sobre a interrupção de mandatos presidenciais decorrentes de denúncias de corrupção na América Latina.

Nesse sentido, a reconstrução histórica do processo de internacionalização e internalização das políticas anticorrupção, feita neste trabalho, sugere que o combate judicial à corrupção não pode ser tomado como elemento politicamente neutro – seja como variável independente para a explicação da instabilidade dos regimes presidenciais nos países da América Latina, seja como componente normativo intrínseco de democracias *accountable*, transparentes e estabelecidas de acordo com os modelos de *rule of law* difundidos internacionalmente.

Num primeiro aspecto, a existência de "escândalos de corrupção" deve ser mais bem investigada como fator explicativo de processos de crise política e interrupção de mandatos presidenciais. É preciso considerar elementos empíricos relacionados à agência e aos interesses dos agentes das instituições de justiça que atuam na condução das ações investigativas e judiciais que compõem esses escândalos de corrupção, inclusive com intencionalidades evidentes nas relações que estabelecem com outros atores políticos e com a opinião pública. Os estudos recentes sobre o caso brasileiro reforçam a necessidade de aprofundarem-se investigações nesse sentido (E. M. de Almeida, 2019; F. Almeida, 2019; F. de Almeida, 2018; Feres Jr. et al., 2018).

No que se refere aos aspectos normativos do debate, as evidências e interpretações construídas neste texto apontam em duas direções que tencionam as teorias da *accountability* e das políticas anticorrupção como *mecanismos de controle* necessários à democracia. Aqui, novamente, é preciso ter em conta a agência e os interesses que mobilizam e são mobilizados pelas ações criminais e judiciais que materializam o combate à corrupção. Além disso, contudo, destaco outros elementos que devem compor o debate.

O primeiro deles tem a ver, como afirmado desde o início, com o caráter *criminal* do combate judicial à corrupção. Embora a via criminal não seja a única prevista pelas teorias e pelos mecanismos institucionais anticorrupção, ela tem sido a via predominantemente acionada nas últimas décadas, em especial, na América Latina, para a solução do problema. Nesse sentido, é preciso ter em conta os efeitos materiais e simbólicos dos processos de criminalização, conhecidos da literatura criminológica, quando produzidos e reproduzidos numa dimensão sensível da vida social, que é a da legitimidade das instituições e práticas coletivas de organização política.

Associados a este primeiro elemento estão os conteúdos morais do combate judicial à corrupção, potencializados pelas estratégias criminais, e que, mobilizando o direito, ultrapassam os sentidos da legalidade e da institucionalidade, afetando os próprios sentimentos dos indivíduos sobre as instituições democráticas e o papel do direito como limitação do poder estatal.

As racionalidades econômicas subjacentes a muitas abordagens institucionais da *accountability*, que trabalham em uma lógica de incentivos e restrições, ignoram essa dimensão simbólica das relações entre moralidades, punição e cidadania. É nesse sentido, portanto, que sugiro que o debate sobre *controle* e *democracia* incorpore a concepção do *controle social* (além da clássica concepção institucionalista dos *mecanismos de controle*). Mais uma vez, o caso brasileiro traz muitas evidências sobre a tensão entre instituições, moralidades e controle social no combate à corrupção (F. de Almeida, 2018; Avrizter e Marona, 2017; Koerner e Schilling, 2015; Schilling, 1999).

Por fim, e de forma transversal às questões colocadas acima, estão as relações de força que se estabelecem entre os ambientes domésticos e a geopolítica global. Tal qual procurei demonstrar que as políticas globais anticorrupção emergiram como parte importante de um regime regulatório normativamente orientado por certas concepções de democracia e de capitalismo, e historicamente marcadas pela reestruturação das relações de poder entre Estados nacionais em uma ordem politicamente desigual após o fim da Guerra Fria.

Nesse aspecto, o predomínio dos EUA nesse processo não deve ser lido na chave de uma teoria conspiratória que valoriza exclusivamente a agência e a intencionalidade de uma potência em meio a um complexo jogo de forças e interesses nacionais, mas como uma marca da constituição do próprio jogo, caracterizado pela defesa da democracia liberal e da competição econômica, pela difusão de modelos institucionais da *common law* a sistemas de diferentes

tradições jurídicas e pela tensão entre universalização de modelos políticos e persistência de desigualdades sociais e econômicas entre países.

Na complexidade desse jogo, os modelos de *rule of law* difundidos pelo governo estadunidense e por organismos multilaterais enfrenta, no âmbito doméstico dos países "transicionais" para os quais se dirigem as políticas de combate judicial à corrupção, as resistências impostas por distintas realidades sociais, políticas e econômicas. Não é à toa, portanto, que, entre as causas de instabilidade política dos sistemas presidenciais latino-americanos, o surgimento de escândalos de corrupção esteja articulado aos efeitos recessivos de políticas econômicas neoliberais e às pressões que manifestações populares em sociedades desiguais imprimem sobre instituições políticas com históricas dificuldades de inclusão, representação e participação.

Referências

Alessi, Gil. "A Odebrecht abre sua caixa de Pandora na América Latina". *El País*, Brasil, 2017. Disponível em: https://brasil.elpais.com/brasil/2016/12/ 30/politica/1 483103 066_414575. html. Acesso em: 31 out. 2019.

Almeida, Eloísa Machado de. "O papel do Supremo Tribunal Federal no *impeachment* da presidente Dilma Rousseff". *DESC – Direito, Economia e Sociedade Contemporânea*, v. 2, n. 1, p. 52-75, 2019.

Almeida, Frederico. "Justiça, combate à corrupção e política: uma análise a partir da Operação Lava Jato". *Revista Pensata*, v. 5, n. 2, p. 69-82, 2016.

______. "Os juristas na crise: a Operação Lava Jato e a conjuntura política brasileira (2014-2016)". *Plural*, v. 26, n. 2, p. 2.019 (no prelo).

______. "Corrupção, democracia e Judiciário no discurso de ministros do Supremo Tribunal Federal". *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, v. 134, n. 25, p. 63-86, 2017.

______. "Empreendedores jurídicos como empreendedores morais: combate à corrupção e moralização da política brasileira". *Nueva Sociedad* (especial em português), 2018. Disponível em: http://nuso.org/media/articles/downloads/4.tc_almeida_ep18.pdf.

Almeida, Roberto Moraes de. "Ministério Público: o modelo equatoriano". In Calabrich, Bruno (org.). "Modelos de Ministérios Públicos e Defensorías del Pueblo". Brasília: Esmpu, 2014.

Alvarez, Marcos César. "Controle social: notas em torno de uma noção polêmica". *São Paulo em Perspectiva*, v. 18, n. 1, p. 168-176, 2004.

Angélico, Fabiano. "Grande corrupção: dados inéditos apresentam raio-X sobre atividade de órgãos de investigação da América Latina no caso Odebrecht". *JotaInfo*, 2019. Disponível em: https://www.jota.info/especiais/grande-corrupcao-dados-ineditos-apresentam-raio-x-

-sobre-atividade-de-orgaos-de-investigacao-da-america-latina-no-caso-odebrecht-29052019. Acesso em: 31 out. 2019.

Avritzer, Leonardo e Marona, Marjorie. "A tensão entre soberania e instituições de controle na democracia brasileira. *Dados*, v. 60, n. 2, p. 359-393, 2017.

Ayerbe, Luis Fernando. "Os Estados Unidos e as relações internacionais contemporâneas". *Contexto Internacional*, v. 27, n. 2, p. 331–68, 2005.

Azevedo, Rodrigo Ghiringhelli de. "Criminalidade e justiça penal na América Latina". *Sociologias*, v. 7, n. 13, p. 212-214, 2005.

Basile, Juliano. "Justiça dos EUA quer que caso da Odebrecht e Braskem sirva de exemplo". *Valor Econômico*, 2016. Disponível em: http://www.valor.com.br/Politica/4815175/justica-dos--eua-quer-que-caso-da-Odebrecht-e-braskem-sirva-de-exemplo.

Becker, Howard S. *Outsiders: estudos de sociologia do desvio*. Rio de Janeiro: Zahar, 2008.

Bourdieu, Pierre. *Sobre o Estado: cursos no collège de France (1989-92)*. São Paulo: Companhia das Letras, 2014.

Calle 2. "As origens a internacionalização das empresas de engenharia brasileiras". In XIII Encontro de História ANPUH-Rio, *Anais [...]*. Rio de Janeiro, 2008.

______. "Dilma é a oitava presidente latina a sofrer *impeachment* desde 1990". *Rede Brasil Atual*, 2016. Disponível em: https://www.redebrasilatual. com.br/Politica/2016/09/Dilma-e-a--oitava-presidente-latina-a-sofrer-impeachment-desde-990-1723/. Acesso em: 31 out. 2019.

Campos, Pedro Henrique Pedreira. *A ditadura dos empreiteiros: as empresas cacionais de construção pesada, suas formas associativas e o estado ditatorial brasileiro, 1964-1985* (Doutorado). Universidade Federal Fluminense, 2012.

Carta Capital. "Por que a multa bilionária à Odebrecht vem dos Estados Unidos?". *Carta Capital*, 2017. Disponível em: https://www.cartacapital. com.br/politica/por-que-a-multa-bilionaria--a-odebrecht-vem-dos-estados-unidos/Acesso em: 31 out. 2019.

Casas-Zamora, Kevin e Carter, Miguel. "Beyond the scandals: the changing context of corruption in Latinamerica". *Rule of Law Report.* Washington, DC: Inter-American Dialogue, 2017. Disponível em: https://www.thedialogue.org/wp-content/uploads/2017/02/corruption-In-Latin-america_rol_report_final_web-pdf.pdf.

Castro, Grasielle. "Veja os presidentes que já foram afastados na América do Sul. *Exame*, 2016. Disponível em: https://exame.abril.com.br/mundo/veja-os-presidentes-que-ja-foram--afastados-na-america-do-sul/ Acesso em: 31 out. 2019.

Chaib, Júlia. "*Impeachment* de presidentes na América Latina não é novidade. *Estado de Minas*, 2015. Disponível em: https://www. em.com.br/app/noticia/politica/ 2015/12/07/interna_politica,714776/impeachment-de-presidentes-na-america-latina-nao-e-novidade.shtml. Acesso em: 31 out. 2019.

Cunha, João Flores da. "Equador. seis pessoas são presas sob acusação de receber propina da Odebrecht. ihu Oo-line, 2017. Disponível em: http://www.Ihu.unisinos.br/78-noticias/568383--equador-seis-pessoas-sao-presas-sob-acusacao-de-receber-propina-da-odebrech. Acesso em: 1 nov. 2019.

Cunha, Luciana Gross e Almeida, Frederico. "Justiça e desenvolvimento econômico na reforma do Judiciário brasileiro. In Trublek, David e Schapiro, Mario G. (orgs.). *Direito e desenvolvimento: um diálogo entre os Brics*. São Paulo: Saraiva, 2012.

Dallagnol, Deltan Martinazzo. *As lógicas das provas no processo: prova direta, indícios e presunções*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015.

Dezalay, Yves. "The Forum should fit the fuss. In Cain, Maurice e Harrington, Christine B. (orgs.). *Lawyers in a postmodern world: translation and transgression*. Buckingham: Open University Press, 1994.

e Garth, Bryant. "A dolarização do conhecimento técnico profissional e do Estado: processos transnacionais e questões de legitimação na transformação do Estado, 1960-2000". *Revista Brasileira De Ciências Sociais*, v. 15, n. 43, p. 163-176, 2000.

______ e ______. *La internacionalización de las luchas por el poder: la competencia entre abogados y economistas por transformar los estados latinoamericanos*. Bogotá: ILSA/Universidad Nacional de Colombia, 2002.

______ e ______. *Asian legal revivals*. Chicago: The Universityof Chicago Press, 2010.

______ e ______. "How to convert social capital into legal capital and transfer legitimacy a cross the Major Practice Divide". In ______ e ______ (org.). *Lawyers and the rule of law in an Era of Globalization*. London: Routledge, 2011.

Dias, Otávio. *Plea Bargaining – A Comparison Between The United States And Brazil*. Fundação Fernando Henrique Cardoso, 2017. Disponível em: https://fundacaofhc.org.br/debates-en/plea-bargaining – a-comparison-between-the-united-states-and-brazil. Acesso em: 31 out. 2019.

Diniz, Eli. "Globalização, Reforma do Estado e Teoria Democrática Contemporânea". *São Paulo em Perspectiva*, v. 15, n. 4, p. 13-22, 2001.

Elliott, Kimberly Ann. "Corruption as an international policy problem: overview and recommendations". In ______ (org.). *Corruption and the Global Economy*. Washington: Institute for International Economics, 1997.

Engelmann, Fabiano. "Internacionalização e ativismo judicial: as causas coletivas". *Lua Nova – Revista de Cultura e Política*, v. 69, p. 123-146, 2006.

Engelmann, Fabiano. "Globalização e poder de Estado: circulação internacional de elites e hierarquias do campo jurídico brasileiro. *Dados*, v. 55, n. 2, p. 487-516, 2012a.

______. "O espaço da arbitragem no Brasil: notáveis e experts em busca de reconhecimento". *Revista de Sociologia e Política*, v. 20, n. 44, p. 155-176, 2012b.

______. "O espaço jurídico brasileiro e as condições do capital internacional". In Canêdo, Letícia et al. (org.). *Estratégias educativas das elites brasileiras na era da globalização*. São Paulo: Fapesp; Hucitec, 2013.v. 21.

Estadão Conteúdo. "Odebrecht pede retirada de acusações em processo nos EUA". *Jornal de Brasília*, 19 nov. 2016. Disponível em: https://jornaldebrasilia.com.br/economia/odebrecht-pede-retirada-de-acusacoes-em-processo-nos-EUA/. Acesso em: 31 out. 2019.

EITI – Extractive Industries Transparency Initiative. Disponível em: https://eiti.org/. Acesso em: 30 out. 2019.

Faundez, Julio e Angell, Alan. "El rol del Banco Interamericano de Desarrollo. *Sistemas Judiciales*, v. 4, n. 8, p. 90-113, 2005.

Feres Júnior, João et al. "Justiça, opinião pública e mídia. In Marona, Marjorie Corrêa e Rio, Andrés Del (org.). *Justiça no Brasil: nas margens da democracia*. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2018.

Financial Action Task Force. "Fatf-gafi.org – Financial Actiontask Force (Fatf)". Disponível em: https://www.fatf-gafi.org/. Acesso em: 31 out. 2019.

Freitas, Andréa e Silva, Glauco Peres. "Das manifestações de 2013 à eleição de 2018 no Brasil: buscando uma abordagem institucional". *Novos Estudos*, v. 38, n. 1, p. 137-55, 2019.

Gazeta do Povo. "6 ex-presidentes presos pela Lava Jato na América Latina". *Gazeta do Povo*, 2019. Disponível em: https://www.gazetadopovo. com.br/mundo/temer-e-o-6o-ex-presidente--preso-pela-lava-jato-na-america-latina-veja-a-lista/. Acesso em: 31 out. 2019.

Girling, John. *Corruption, capitalism and democracy*. London: Routledge, 1997.

Glynn, Patrick et al. "The globalization of corruption". In Elliot, Kimberly Ann (org.). *Corruption and The Global Economy*. Washington: Institute for International Economics, 1997.

Gonçalves, Reinaldo. "Interrupção de presidências, reequilíbrio e bônus macroeconômico". IE--UFRJ Discussion paper, n. 3, p. 1-29, 2016.

Grün, Roberto. "Convergência das elites e inovações financeiras: a governança corporativa no Brasil". *Revista Brasileira de Ciências Sociais*, v. 20, n. 58, p. 68-90, 2005.

______. "A dominação financeira no Brasil contemporâneo". *Tempo*, v. 25, n. 1, p. 179-213, 2013.

Haas, Peter M. "Introduction: epistemic communities and international policy coordination". *International Organization*, v. 46, n. 1, p. 1-35, 1992.

______. "Epistemic communities". In Bodansky, Daniel Juttabrunnée e Hey, Ellen (org.). *The Oxford Handbook of International Environmental Law*. Oxford: Oxford University Press, 2012.

Hagino, Córa e Kerche, Fábio. "O Ministério Público na América Latina: autonomia e discricionariedade". In 43.º Encontro Anual da ANPOCS, *Anais [...]*, Caxambu, 2019.

Herz, Mônica. "Política de segurança dos EUA para a América Latina após o final da Guerra Fria". *Estudos Avançados*, v. 16, n. 46, p. 85-104, 2002.

Hochstetler, Kathryn. "Repensando o presidencialismo: contestações e quedas de presidentes na América do Sul". *Lua Nova*, v. 72, p. 09-46, 2007.

Inclán, Silvia e Inclán, Maria. "Las reformas judiciales en América Latina y la rendición de cuentas del Estado". *Perfiles Latinoamericanos*, v. 26, p. 55-82, 2005.

Jesus, Diego Santos Vieira de. "A crise da potência inteligente: os EUA e a grande estratégia de acomodação no governo Obama". *Revista de Sociologia e Política*, v. 22, n. 50, p. 19-32, 2014.

Johnston, Michael. "Public officials, private interests, and sustainable democracy: when politics and corruption meet". In Elliot, Kimberly Ann (org.). *Corruption and The Global Economy*. Washington: Institute for International Economics, 1997.

Jovanovic, Miodrag A. "The quest for international rule of law and the rise of global regulatory regimes some theoretical preliminaries". *Revista Eletrônica de Direito Público*, n. 3, p. 9-27, 2015.

Kant de Lima, Roberto. "Direitos civis e direitos humanos: uma tradição judiciária pré-republicana?". *São Paulo em Perspectiva*, v. 18, n. 1, p. 49-59, 2004.

Kasahara, Yuri e Marsteintredet, Leiv. "Presidencialismo em crise ou Parlamentarismo por outros meios?". *Revista de Ciências Sociais*, v. 49, n. 1, p. 30-54, 2018.

Kerche, Fábio. "Ministério Público, Lava Jato e mãos limpas: uma abordagem institucional". *Lua Nova*, n. 105, p. 255-286, 2018.

Koerner, Andrei e Schilling, Flávia. "O direito regenerará a República? Notas sobre política e racionalidade jurídica na atual ofensiva conservadora". In Velasco, Sebastião et al. (org.). *Direita, volver! O retorno da direita e o ciclo político*. São Paulo: Fundação Perseu Abramo, p. 75-89, 2015.

Kornais, Janos e Rose-Ackerman, Susan (org.). *Building a trustworthy state in post-socialist transition*. New York: Palgrave Macmillan, 2004.

Lechini, Gladys e Machado, Ricardo. "O 'sul' para além da geografia. A acepção política e econômica do termo". (Entrevista com Gladys Lechini). IHU on-line (459), 2014. Disponível em: http://www.ihuonline.unisinos.br/index.php. Acesso em: 17 out. 2019.

Legal Ethics Compliance. "Compliance na América Latina". São Paulo: Legal Ethics Compliance, 2018. Disponível em: https://d335luupugsy 2.cloudfront .tet/cms/files/28354/1533056778compliance_na_america_latina.pdf. Acesso em: 30 out. 2019.

Llanos, Mariana e Marsteintredet, Leiv. "Conclusions: presidential breakdowns revisited". In Llanos, Mariana e Marsteintredet, Leiv. (org.). *Presidential breakdowns in Latinamerica*. New York: Palgrave Macmillan, 2010.

Lohmann, Larry. "Carbon trading, climate justice and the production of ignorance: ten examples". *Development*, v. 51, p. 359-365, 2008.

______ e Sexton, Sarah. "Carbon markets: the policy reality". *Global Social Policy*, v. 10, n. 1, p. 9-12, 2010.

Machado, Ricardo. "Investigação de corrupção da Odebrecht se espalha pela América Latina e estremece vários governos". *Revista IHU* on-line, 2017. Disponível em: http://www.ihu.unisinos.br/569072-investigacao-de-corrupcao-da-odebrecht-se-espalha-pela-america-latina-e-estremece-varios-governos. Acesso em: 18 out. 2019.

Maclennan, Carol. "Corruption in dieterhaller"; Shore, Cris. (orgs.). "Corporate America: Enron – before and after". *Corruption: Anthropological Perspectives*. London: Pluto Press, 2005.

Madsen, Mikaelrask e Dezalay, Yves. "Pierre Bourdieu's sociology of law: from the Genesis of the state to the globalisation of law". In Banakar, Reza e Travers, Max. (org.). *Law and social theory*. Oxford: Hart Publishing, 2013.

Marchao, Talita. "Com García, Peru tem seus últimos 5 ex-presidentes acusados de corrupção. UOL, 2019. Disponível em: https://noticias.uol.com.br/internacional/ultimas-noticias/2019/04/17/alem-de-garcia-peru-tem-mais-presidentes-acusados-de-corrupcao.htm. Acesso em: 18 out. 2019.

Medeiros, Anny Karine de et al. "Estudos sobre *accountability* no Brasil: meta-análise de periódicos brasileiros das áreas de Administração, Administração Pública, Ciência Política e Ciências Sociais". *Revista de Administração Pública*, v. 47, n. 3, p. 745-775, 2013.

Melo, Marcus André. “200%. Institutional Design, Normative political theory and accountability”. *Revista Direito Gv – Especial*, p. 195-206.

Meneses, Maria Paula. “Epistemologias do Sul”. *Revista Crítica de Ciências Sociais*, n. 80, p. 5-10, 2008.

Ministério Público Federal. “Caso Lava Jato”. Ministério Público Federal. Disponível em: http:// www.mpf.mp.br/para-o-cidadao/caso-lava-jato. Acesso em: 28 ago. 2018.

Misse, Michel. “Alguns aspectos analíticos nas pesquisas sobre violência na América Latina”. *Estudos Avançados*, v. 33, n. 96, p. 23-38, 2019.

Moraes, Reginaldo C. “Reformas neoliberais e políticas públicas: hegemonia ideológica e redefinição das relações Estado-sociedade”. *Educação & Sociedade*, v. 23, n. 80, p. 13-24, 2002.

Moro, Sergio Fernando. “Considerações sobre a Operação Mani Pulite”. *Revista Cej*, v. 26, p. 56-62, 2004.

Nascimento, Elimar Pinheiro. “Trajetória da sustentabilidade: do ambiental ao social, do social ao econômico”. *Estudos Avançados*, v. 26, n. 74, p. 51-64, 2012.

Nogueira, João P. “Ética e violência na teoria das relações internacionais: uma reflexão a partir do 11 de Setembro”. *Contexto Internacional*, v. 25, n. 1, p. 81-102, 2003.

Nunes, Felipe e Melo, Carlos Ranulfo. “Impeachment, political crisis and democracy in Brazil”. *Revista de Ciência Política*, v. 37, n. 2, p. 281-304, 2017.

Olsen, William P. *The Anti-Corruption Handbook: how to protect your business in The Global Marketplace*. Hoboken: John Wiley & Sons, 2010.

Organization Of American States. “Inter-American convention against corruption”. Organization of American States. Disponível em: http:// www.oas.org/en/sla/dil/inter_american_treaties_b-58_against_corruption_signatories.asp. Acesso em: 18 out. 2019.

Pérez-Liñán, Aníbal. “Impeachment or backsliding? Threats to democracy in the Twenty-First Century”. *Revista Brasileira de Ciências Sociais*, v. 33, n. 98, p. 1-15, 2018.

Pieth, Mark. “International cooperation to combat corruption”. In Elliot, Kimberly Ann. (org.). *Corruption and the Global Economy*. Washington: Institute for International Economics, 1997.

Queiroz, Rafael Mafei Rabelo. “A natureza jurídica dos crimes de responsabilidade presidencial no Direito Brasileiro: lições a partir do impeachment de Dilma Rousseff ”. *E-Pública – Revista Eletrônica de Direito Público*, v. 4, n. 2, p. 220-245, 2017.

Radar Global. “Presidentes latino-americanos destituídos ou forçados a renunciar”. *Radar Global*, 2018. Disponível em: https://internacional.estada o.com.br/blogs/radar-global/presidentes-latino-americanos-destituidos-ou-forcados-a-renunciar/. Acesso em: 18 out. 2019.

Rose-Ackerman, Susan. “The political economy of corruption”. In Elliot, Kimberly Ann (org.). *Corruption and the Global Economy*. Washington: Institute For International Economics, 1997.

______. *From elections to democracy*. Cambridge: Cambridge University Press, 2005.

______. “Corruption in the wake of domestic national conflict”. In Rotberg, Robert I. (org.). *Corruption, Global Security, and World Order*. Cambridge: Brookings, 2009.

Rotberg, Robert I. “How corruption compromises World Peace and stability”. In ______ (org.). *Corruption, Global Security, and World Order*. Cambridge: Brookings, 2009.

Sá e Silva, Fábio. *Lawyers and governance in a Globalizing World: narratives of 'Public Interest Law' Across the americas* (Tese). Northeastern University, 2012.

______. "Hegemonia e contra-hegemonia na globalização do Direito: a 'Advocacia de Interesse Público' nos Estados Unidos e na América Latina". *Revista Direito e Práxis*, v. 6, n. 10, p. 310-376, 2015.

______. "Operação Lava Jato e a Academia Norte-Americana de Direito". *Le Monde Diplomatique Brasil*, 2019. Disponível em: https://diplomatique.org.br/a-lava-jato-e-a-academia-norte--americana/. Acesso em: 31 out. 2019.

Sampson, Steven. "Integrity warriors: Global Morality and the anti-corruption movement in the Balkans". In Dieterhaller e Shore, Cris. (org.). *Corruption: anthropological perspectives*. London: Pluto Press, 2005.

Santiago Barra, Mary Lucy. "Ministério Público da República Bolivariana de Venezuela". In Calabrich, Bruno (org.). *Modelos de Ministérios Públicos e Defensorías del Pueblo*. Brasília: Esmpu, 2014.

Santos, Boaventura de Sousa. "Os tribunais e as novas tecnologias de comunicação e de informação". *Sociologias*, v. 7, n. 13, p. 82-109, 2005.

______. "A Filosofia à venda, a douta ignorância e a aposta de Pascal". *Revista Crítica de Ciências Sociais*, v. 80, p. 11-43, 2008.

Sartori, Simone et al. "Sustentabilidade e Desenvolvimento Sustentável: uma taxonomia no campo da Literatura". *Ambiente & Sociedade*, v. 17, n. 1, p. 1-22, 2014.

Schilling, Flávia. "O Estado do mal-estar: corrupção e violência". *São Paulo em Perspectiva*, v. 13, n. 3, p. 47-55, 1999.

Shore, Cris. "Culture and corruption in the EU: reflections on fraud, nepotism and cronyism in the european commission". In Haller, Dieter e Shore, Cris (org.). *Corruption: anthropological perspectives*. London: Pluto Press, 2005.

______ e Haller, Dieter. "Introduction – sharp practice: anthropology and the study of corruption. In Haller, Dieter e Shore, Cris (org.). *Corruption: anthropological perspectives*. London: Pluto Press, 2005.

Silva, Davi. "Autoridade legítima e intervenções armadas humanitárias na teoria da Guerra Justa de Michael Walzer: avaliação crítica e alternativas normativas". *Perspectiva Filosófica*, v. 42, n. 2, p. 70-89, 2015.

Sinhoretto, Jacqueline. "Reforma da justiça: gerindo conflitos em uma sociedade rica e violenta". *Diálogos sobre Justiça*, n. 2, 2014.

______ e Almeida, Frederico. "Reforma do Judiciário: entre legitimidade e eficiência". In Rodriguez, José Rodrigo e Silva, Felipe Gonçalves. (org.). *Manual de Sociologia Jurídica*. São Paulo: Saraiva, 2013.

Tavares dos Santos, José Vicente. "Violências e dilemas do controle social nas sociedades da 'Modernidade Tardia'. *São Paulo em Perspectiva*, v. 18, n. 1, p. 3-12, 2004.

Taylor, Matthew M. "Criminalidade e a reforma do Judiciário na América Latina". São Paulo: Instituto Fernando Henrique Cardoso/Corporación de Estudios para Latinoamérica, 2008. Disponível em: https://fundacaofhc.org.br/files/papers/476.pdf.

Teets, Jessica C. e Chenoweth, Erica. "To bribe to bombs: do corruption and terrorism go together?". In Rotberg, Robert I. (org.). *Corruption, Global Security, and World Order*. Cambridge: Brookings, 2009.

Terra. "Odebrecht: entenda o maior caso de suborno da história". *Terra*, 2016. Disponível em: https://www.terra.com.br/noticias/brasil/odebrecht-entenda-o-maior-caso-de-suborno-da--historia,2ad4c9f40bf9d93e 1b2fba08935c112 cokpstq 92.html. Acesso em: 31 out. 2019.

Thome, Joseph R. "Heading South Butlooking North: globalization and law reform in Latinamerica. *Wisconsin Law Review*, n. 691, p. 423-450, 2000.

U.S. Department of Justice. "Criminal Division". The United States department of Justice. Disponível em: https://www.justice.gov/criminal. Acesso em: 18 out. 2019.

U.S. Department of State. "Anti-corruption and transparency". The United States department of state. Disponível em: https://www.state.gov/policy-issues/anti-corruption-and-transparency/. Acesso em: 18 out. 2019.

United Nations. "United Nations convention again still icit traffic in narcotic drugs and psychotropic substances". *United Nations treaty collection*. Disponível em: https://treaties.un.org/pages/viewdetails. Aspx?Src=Trea ty&Mtdsg_No=Vi-19 &Chap ter= 6&Lang=En. Acesso em: 18 out. 2019.

______. "United Nations convention against transnational organized Crime". *United Nations treaty collection*. Disponível em: https://treaties.un.org/pages/viewdetails.Aspx?Src=Treaty&Mtdsg_No=Xviii-12&Chapter=18&Clang=_En. Acesso em: 18 out. 2019.

United States of America. Cr. No. 16-643 (Rjd), 2016.

Villadiego Burbano, Carolina. "La multitemática y diversa reforma a la justicia en América Latina". In Niño Guarnizo, Catalina (org.). *La Reforma a la Justicia en América Latina: las lecciones aprendidas*. Bogotá: Friedrich Ebert Stiftung, 2016.

Visentini, Paulo Fagundes. "Editorial: Terceiro Mundo ou Sul Global? Austral". *Revista Brasileira de Estratégia e Relações Internacionais*, v. 4, n. 8, p. 7-8, 2015.

Deutsche Welle. "Corrupção: os tentáculos da odebrecht em Angola e Moçambique, 2017. *DW*. Disponível em: https://www.dw.com/pt-002/corrupção-os-tentáculos-da-odebrecht-em-angola--e-moçambique/a-38569474. Acesso em: 1 nov. 2019.

______. "Caso Odebrecht: caíram presidentes na América Latina, mas há 'silêncio' em Angola". *DW*, 2019. Disponível em: https://www.dw.com/pt-002/caso-odebrecht-ca%c3%adram-presidentes--na-am%c3%a9rica-latina-mas-h%c3%a1-sil%C3%aancio-em-angola/a-49146090. Acesso em: 1 nov. 2019.

– 12 –
Entre ofensa à Democracia e Vanguarda Iluminista: contribuições sobre a moralização da política pelo judiciário a partir de um estudo de caso

Juliane Sant'Ana Bento

1 Introdução

O debate protagonizado por um ministro do Supremo Tribunal Federal e um professor de Direito Constitucional da Universidade de São Paulo nas páginas do jornal de maior circulação no Brasil a respeito de o STF atuar como uma "vanguarda iluminista que empurra a história na direção do progresso civilizatório" (Barroso, 2018) ou, longe disso, "agredir a democracia brasileira" (Mendes, 2018, 2019) expõe a disputa de sentidos que alguns analistas das relações entre direito e política têm entendido como, no mínimo, binária e normativa (Da Ros, 2017; Marona e Barbosa, 2018).

Frequentemente, a discussão sobre o ativismo judicial no Brasil convergia para a adesão a um dos dois grandes posicionamentos que se apresentavam como suficientes e necessários: de um lado, a ideia de que a expansão de competências do Judiciário observada na redemocratização seria o meio pelo qual os grupos subalternos podiam ver seus direitos constitucionais assegurados, especialmente considerando as omissões dos poderes eleitos (por exemplo, Cittadino, 1999; Vianna et al., 1999; Maciel, 2011; Fanti, 2016); de outro lado, perspectivas que enfocam a ingerência excessiva, o desequilíbrio nos mecanismos institucionais de freios e contrapesos, governo dos juízes, a supremocracia, o voluntarismo e

a tutela sobre a sociedade civil e a cidadania, no limite, a derrocada do Estado de Direito (sobretudo Marona e Del Río, 2018; Kerche e Feres Júnior, 2018).

Muito embora a leitura dicotômica apresente-se tentadora e aparentemente evidente, caso consideremos os fatos do dia, precisarmos definir se a judicialização da política está bem ou se vem tornando-se um acumulado de equívocos parece-nos reduzir a complexidade da discussão. Este trabalho visa a compreender os efeitos e problematizar um fenômeno em voga nas discussões contemporâneas sobre o Brasil: o descrédito da política.[1]

Propõe-se aqui uma chave de leitura sobre o tema abordado: a deslegitimação da atividade política é resultado de uma construção social do problema do atraso institucional e democrático nacionais. No intuito de combater os males historicamente arraigados que supostamente se manifestam na política tradicional brasileira, o sistema de justiça, cada vez mais, vem oferecendo seus instrumentos, suas crenças e representações.

O sistema de justiça vem sendo protagonista de uma empresa crítica da política, alçando-se a instância de seleção e legitimação do modo correto pelo qual ela deveria ser exercida. A problemática que este capítulo desafia é descrever as condições de possibilidade para tal atuação, considerando o contexto híbrido e periférico observado, bem como compreender os efeitos sociais que promove no jogo político, agora transformado pela interferência da lógica judicial.

A hipótese mobilizada para entender as causas dessa definição da política pelo Direito consiste em privilegiar os princípios de estruturação social e as representações dos universos práticos e simbólicos, muito mais do que características institucionais de independência e autonomia dos órgãos de justiça.

É achado recorrente no discurso dos agentes judiciais a necessidade do controle e da tutela da política, eis que degenerescente e patológica. Tal promoção de um ambiente de crise perene da política autoriza os juristas a intervirem, constituindo um verdadeiro modelo profissional pautado na defesa moral da Constituição e do Estado de Direito e justificado pela neutralidade e técnica supostamente inerentes ao Direito. A partir de um estudo de caso sobre os julgamentos de crimes de prefeitos no estado do Rio Grande do Sul, o presente

---

[1] Segundo pesquisa do Instituto Nacional de Ciência e Tecnologia, 77,8% dos brasileiros afirmam não ter "nenhuma confiança" nos partidos políticos. Disponível em: https://politica.estadao.com.br/noticias /geral,descredito-nos-partidos-atinge-8-em-10-brasileiros,70002362978. Acesso em: 15 ago. 2018.

capítulo traz à discussão elementos para se refletir sobre o paradigma de boa administração pública que resulta consagrado desse processo.

A ideia de decantação da política municipal faz emergir eleitoralmente a figura do gestor público, porta-voz das premissas do *new public management*, interessado nos resultados que a administração pública pode apresentar e comprometido com a eficácia dos serviços. Ou seja, o julgamento da política local resulta em certa estigmatização da política de pequenos municípios porque, desprovidos de grandes capacidades estatais, tendem a ser vistos como *locus* privilegiado das formas arcaicas de práticas políticas, o lugar por excelência dos vínculos anômalos tradicionais e atrasados, do personalismo e do patrimonialismo.

Ao passo que reforça essa crença, a crítica da política local favorece outro perfil de político, que concentra investimentos em outros atributos hodiernamente mais valorizados. Com isso, credenciam-se à vida pública perfis de políticos que mobilizam um repertório que consiste em formação escolar e profissional para a gestão, combinado à circulação internacional em centros difusores de modelos de administração eficaz: a importação de tal modelo de despolitização da prática política local; no entanto, não pode escapar a uma análise de suas implicações para o jogo político.

2 A patologia, a herança colonial e a crise política: um repertório crítico permanente

As relações e as redes pessoais sempre foram consideradas pelos pensadores do Brasil para compreender a ordem social, especialmente no que respeita à importância do poder privado como barreira à construção de uma ordem pública. A herança ibérica, a importância da família e dos laços pessoais, o privatismo, o mandonismo, o clientelismo e a patronagem política são todos elementos que perpassam os textos fundamentais sobre o Brasil,[2] que comungam o entendimento de que as redes personalistas envolvem uma pirâmide de relações que atravessa a sociedade de alto a baixo, compondo, alegadamente, a "gramática política" do Brasil.

A natureza patológica da organização política, especialmente em se tratando do nível local, é tese recorrente no pensamento social brasileiro, a exemplo

[2] Nestor Duarte (1939), Oliveira Viana (1987), Sérgio Buarque de Holanda (1995), Maria Isaura Pereira de Queiroz (1976), Victor Nunes Leal (1975), Raimundo Faoro (2012), Simon Schwartzman (1982), até o mais recente trabalho de Edson de Oliveira Nunes (2010).

dos casos descritos por Briquet (1991 e 2007).[3] Segundo as interpretações mais difundidas, no Brasil, o processo eleitoral é compatível com a manutenção dos privilégios das oligarquias locais, o que acaba por tornar a democracia "ornamental e declamatória" (Buarque de Hollanda, 1995, p. 183).

A realidade histórica teria comprovado o "continuísmo das estruturas patrimoniais" (Faoro, 2012, p. 822), mesmo perante avançadas formas de representação, o que permitiu a conclusão da não adaptação do sistema representativo à realidade brasileira, ou ainda, da cultura local retrógrada como um obstáculo à modernização política.

No entanto, entender o clientelismo como uma herança tradicional da sociedade brasileira, que dificulta sua institucionalização e prejudica o funcionamento do Estado a partir de uma ordem racional-legal e do universalismo de procedimentos, é dar razão à tese, já superada, que estigmatizava como sociedade atrasada aquela que não conseguia impor os princípios democráticos aos personalistas.

Restando já comprovada a dissociação entre burocratização e fim do clientelismo e admitindo-se que as relações pessoais seguem operando inclusive em sociedades centrais contemporâneas, manifesta-se a importância de observá-las enquanto código de significação de culturas locais (Briquet e Sawicki, 1998) e em seus aspectos instrumentais capazes de produzir modificações no modo como as estruturas formais operam (Bezerra, 1995).

Partindo da hipótese de que o arcaísmo político é mobilizado por determinadas elites de publicistas para legitimarem-se no campo político a partir de seus capitais simbólicos e conjugando o domínio da "técnica" para justificar a ocupação de postos públicos – de onde atuam na condição de agentes autorizados a definir a boa-política –, este trabalho pretende reforçar a perspectiva de que a "racionalização" e a "modernização" estatal dão-se paralelamente com a permanência dos vínculos de reciprocidade e a mobilização das redes pessoais entre esses agentes.

---

[3] No caso da Córsega, a desqualificação das práticas políticas insulares pelas elites continentais, mais acostumadas com as práticas políticas "legítimas" exercidas na França continental. No segundo caso, como a "questão mafiosa" é formulada como um problema público na história da Itália unificada.

3 Moralização da política e soluções técnicas

Uma das formas eficazes de legitimação no espaço público tem sido a "cruzada pela moralização da política" que protagonizam os juristas, assim como no Brasil, fenômeno também percebido em várias conformações sociais (Musella, 2001; Briquet, 2001, 2007; Roussel, 2001, 2002; Vauchez, 2004). Oferecendo suas competências "técnicas" e "neutralidade" política para enfrentar as "patologias" da política brasileira, um grupo de juristas instaura-se em postos de poder e consolida-se como definidor da "boa política".

Ou seja, a adesão à lógica da "moralização política" permite aos juristas a elaboração de conceitos e definições "técnicas" em doutrinas sobre o Estado e autoriza-os a mobilizar o "senso comum erudito", que considera a política tradicional desqualificada e atrasada. Esse processo de esvaziamento da política tradicional, viciado por interesses de grupos posicionados "contra o interesse público", conduz os juristas a manter ativa a lógica da construção dos problemas públicos, aos quais são cabidas suas soluções "técnicas" (Bourdieu, 1986).

As empresas contestatórias da política estabelecida contribuíram para difundir o diagnóstico da degradação e para impô-lo como princípio explicativo da crise. Em virtude da exigência de mudança como um "necessário combate moral" em defesa da democracia e do Estado de direito, a fim de atender às reivindicações de regeneração da vida pública, a magistratura foi dotada de uma capacidade de intervenção inabitual no espaço político.

A crítica da política é vivida pelos juízes como um exercício ordinário do dever profissional (Roussel, 2002, p. 152; Vauchez, 2004, p. 20). Mobilizando a necessidade de "redimensionamento das práticas administrativas" e da "reforma dos costumes políticos do estado", empreendem-se na construção de um novo saber sobre o Estado, que se destina a constituir uma nova verdade sobre o mundo social, diferente da versão "equivocada" da política praticada localmente.

Ao se proporem a realizar um "efeito pedagógico forte" sobre a coisa pública (Albuquerque, 1999), põem em curso a "cruzada pela moralização" (Briquet e Garraud, 2001, p. 20) das atividades políticas, associadas genericamente ao paradigma da degradação, do atraso, do arcaísmo, das patologias herdadas, da falta de aptidão para a modernidade e à democracia: um paradigma imposto como ortodoxia interpretativa. Em decorrência dessa premissa, reivindicam o "conhecimento correto" sobre o Estado e assumem para si o magistério da "boa política", que sairia qualificada.

Os mecanismos de deslegitimação da política que fundamentam a abordagem moralizadora pelos tribunais conduzem os juristas a assumirem o papel de guarda da integridade do Estado democrático e a construírem modelos jurídicos que forneçam soluções, autorizados por sua tecnicidade e especialização nos julgamentos da política. O que os desembargadores do Rio Grande do Sul tratam por "inovadora engenharia institucional", que foi criada a fim de dar conta de pôr "um fim à impunidade", é um bom exemplo de um controle político estável, contínuo e incisivo realizado desde o Judiciário (Vauchez, 2004, p. 226).

O descrédito das elites dirigentes é perceptível também nos achados da bibliografia, como em Roussel (2002, p. 148), em que os magistrados passam a estigmatizar a "perda total do senso de honra", e tratam com desdém e repulsa social os agentes do poder político. Para um ministro do STF, alinhado a essa percepção, "o sistema político brasileiro, por vicissitudes diversas, tem funcionado às avessas: exacerba os defeitos e inibe as virtudes" (Barroso, 2013, p. 214).

> Vive-se no Brasil uma situação delicada, em que a *atividade política desprendeu-se da sociedade civil, deixando de representá-la e, no limite, até de lhe servir*. Quando isso ocorre, a política passa a ser um fim em si mesma, um mundo à parte, visto ora com indiferença, ora com desconfiança. Ao longo dos anos, a *ampla exposição das disfunções* do financiamento eleitoral, *das relações oblíquas entre Executivo e parlamentares* e do exercício de cargos públicos *para benefício próprio* trouxe uma onda de ceticismo que tem abatido a cidadania e minado a capacidade de indignação e de reação. A observação é *de cunho institucional* e não tem por foco qualquer governo em particular (Barroso, 2013, p. 214, grifos do autor).

Caso similar pode ser encontrado na literatura, que entende "perder-se no tempo a compreensão da Política como ciência e arte relacionadas ao bom governo" (RAMOS, 2004, p. 87). Segundo o jurista, não se deve pensar "que a politicagem constitua uma triste realidade de nossos dias, após um passado em que na arena política imperou a virtude e o espírito público" (Id., p. 89).

Para ele, engajado no "combate à degeneração da prática política" (Ramos, 2004, p. 87-89),

> trata-se, na verdade, de *um mal endêmico entre nós*, o que deveria, de há muito, ter afastado o simplismo voluntarista do campo de debates em torno do tema. Não resta dúvida, porém, de que, atualmente, as manifestações do fenômeno têm incomodado

> em maior grau a sociedade brasileira, o que é extremamente positivo, por representar, em alguma medida, o enraizamento da Democracia no Brasil, quer na perspectiva do exercício da liberdade de pensamento, principalmente por meio da imprensa, quer na *perspectiva da vivência dos valores democráticos, que se antepõem ao amesquinhamento da atividade política* (Ramos, 2004, p. 91, grifos do autor).

No dizer de outro acadêmico do Direito, no Brasil,

> as relações promíscuas entre corruptor e corrompido manifestaram-se desde o Brasil colônia, continuaram no 1.º e 2.º Reinados, ingressaram na República e permaneceram até nossos dias, com maior ou menor intensidade de suas exteriorizações malignas no organismo da nação (Horta, 2004, p. 99).

O raciocínio jurídico, muito amparado na ideia de "ética na política", sempre se fundamenta na "defesa intransigente" do "bem comum e da coisa pública", por exemplo:

> O administrador não é o senhor dos bens que administra, cabendo-lhe tão somente praticar os atos de gestão que beneficiem o verdadeiro titular: o povo [...] Evitar que a corrupção se generalize e se torne sistêmica é dever de todos, o que importará na preservação de todas as instituições dotadas de poder decisório e evitará que utilizem este poder de forma discricionária em favor de determinados grupos e em detrimento do interesse público (Garcia e Alves, 2013, p. 45).

Esse movimento de descrença dos canais tradicionais de mediação política e de deslegitimação dos atores políticos é também um processo de recomposição do jogo político e de transformação do monopólio sobre a política, que antes era apanágio dos eleitos, em virtude de sua legitimidade eleitoral e popular, e agora vem sendo mobilizado como espaço dos juristas, em razão de sua legitimidade técnica, moral e especializada sustentada por um modo de recrutamento racional, baseado em concurso público, e instrumentalizado pelo Direito. Em outras palavras, trata-se do repúdio aos políticos que dá lugar ao poder dos técnicos: a despolitização, a procedimentalização e codificação do que antes fora o espaço da política.

Vauchez (2004) chama atenção para o fato de a magistratura contribuir para desingularizar as práticas dos julgamentos da política, atribuindo qualidades intrínsecas às técnicas usadas nos processos. Seus usos em contextos novos

confirmariam a validade geral, ao mesmo tempo que suas *expertises* profissionais teriam validade estendida para outros casos.

Entre os juristas do Rio Grande do Sul, a percepção da nobreza do Direito e do seu papel fundamental também é compartilhada por alguns:

> O direito é essa verdadeira atividade de sopesar o ético e o político. Descobrir qual é aquele mínimo ético que a sociedade precisa, naquele momento histórico, para preservar sua convivência e tornar esse mínimo ético obrigatório politicamente. *Que papel fundamental! É o direito que confere à política verdadeiro sentido de fim* do humano. Sem a ética, a política seria uma política torta; é o direito que endireita a política. *É o direito que coloca a política no caminho do bem, do humano, do justo*. Justo que nós vamos descobrir na sociedade por meio da razão prática, pelo juiz, pelo legislador [...] O direito é ao mesmo tempo senhor da política e servo da política. [...] Toda a administração pública, todo direito administrativo é um direito instrumental da política, é um direito pelo qual realizamos o bem comum. Todas as políticas públicas, *toda a realização do bem comum se faz por meio de instrumentos jurídicos*. O erro é dizer que o direito é só um instrumento da política. *O direito é senhor da política* também. Há uma área da política que aprendemos pela *boa política*, ao longo de experiências concretas, ao longo da história. É a área da política que é seu fundamento primeiro, finalidade última e seu funcionamento, *uma área de alta política* em que se precisa de estabilidade, precisa refletir valores. Aí o direito vai trazer para essa área da política a ética, e *aí vamos ter um direito que é supremo: a política* (Souza Jr., 2004, p. 77-78).

Segundo Roussel (2002, p. 92), isso se relaciona à concepção que fazem de si e do *métier* da Justiça como o lugar da “grandeza”, a peça central para a democracia, a percepção de si como alguém que conta, que desempenha “algo nobre”. É a mídia, em grande parte, quem colabora para essa representação, quando valoriza a dignidade e a atividade dos juízes, produzindo um capital de “distinção eficaz” em relação ao mundo efêmero, comezinho e espaço dos interesses de grupos determinados da política.

4 Os limites de um efetivo controle da política, segundo a jurisprudência analisada

Por meio da história social da institucionalização da Quarta Câmara Criminal do TJRS, especializada no julgamento de prefeitos, observam-se as justificativas cívicas e as disputas por legitimidade que compõem seu processo de consolidação. As propriedades sociais de seus componentes, ainda, permitem compreender as crenças e as representações sobre justiça e política entre os magistrados. A partir do estudo de sua institucionalização, entender quais representações de Direito e de política estão em luta e quais os macrofatores explicativos das tomadas de posição dos agentes nesse espaço.

Foram utilizadas como fonte as entrevistas do projeto Histórias de Vida realizadas por Loiva Otero Félix, Luiz Alberto Grijó, Gunther Axt, Mary da Rocha Biancamano e Rosimeri de Souza Süffert Fogaça com os desembargadores, por intermédio do Memorial do Judiciário do Tribunal de Justiça do estado do Rio Grande do Sul. Igualmente, entrevistas realizadas com procuradores de Justiça, catalogadas no acervo do projeto História Oral do Memorial do Ministério Público, também serviram de base.

Trabalhos acadêmicos sobre o TJRS, no período analisado, de igual forma, guiaram nossa compreensão sobre o campo, especialmente a tese de doutorado de Luciano Da Ros, defendida em 2014, na Universidade de Illinois em Chicago, intitulada *Mayors in the Dock: judicial responses to local corruption in Brazil*, e o livro *Sociologia do Direito: a magistratura no espelho*, de autoria de Álvaro Filipe Oxley da Rocha (2002), resultado de sua dissertação de mestrado, realizada na UFRGS. Informações publicadas em blogs pessoais dos desembargadores e em notícias da imprensa, assim como dados retirados dos processos julgados pela Quarta Câmara, também ajudaram a compor esta seção.

A partir desses dados, observar o perfil social dos juízes, suas origens, escolarização, produção intelectual e peso que atribuem às relações sociais e familiares torna-se fundamental para compreender os esquemas de percepção e a identidade social que conformam os valores e crenças dos magistrados sobre o Estado e sobre a política. Como se verá, perceber o aparecimento de um novo perfil social de desembargador pode até ser prova de uma alteração nos mecanismos de formação e recrutamento dos magistrados, implicando um processo de diversificação social, mas não significa, necessariamente, uma alteração profunda dos princípios que estruturam a ordem social local.

O banco de dados mencionado no presente capítulo foi composto pelas informações cadastradas no sistema on-line de jurisprudência do TJRS, alimentado pelo próprio tribunal, acessível por meio do sítio www.tjrs.jus.br/jurisprudencia. O banco foi desenvolvido entre os meses de agosto de 2014 e setembro de 2016. Depois de realizadas algumas opções quanto a sua composição, terminou-se por considerar como termo de busca "prefeito".

Entre os 11.900 processos disponíveis no sistema on-line do TJRS, filtrou-se para delimitar o campo de "todos os tribunais" para "Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul". Assim, 500 processos foram excluídos dos resultados. Outros 136 processos eram cadastrados sob a rubrica "prefeito" no Tribunal de Alçada, extinto no estado do Rio Grande do Sul por decisão de setembro de 1997. Foram excluídos ainda os processos julgados pelas Turmas Recursais, que perfaziam 415. Delimitando-se, então, no campo "Tribunal", o "Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul" e, no campo "Órgão Julgador", a Quarta Câmara Criminal, obteve-se o conjunto de 2.230 processos.

Cogitou-se, no percurso da análise exploratória, o estudo dos 1.250 processos classificados como "Processo Crime" no campo "Tipo de Processo". No entanto, observou-se na medida em que o preenchimento do banco de dados avançava que a delimitação em "Processo Crime" retirava do universo dos dados uma série de casos que, no decurso do período analisado, tiveram alteração na classificação interna do Tribunal.

Em outras palavras, se, no princípio, a atuação da Quarta Câmara denominava a maioria das denúncias como "Processo Crime", "Processo de Execução", ou algum termo para indicar recurso, com o decorrer dos anos e a consolidação da atuação da Câmara e a diversificação dos componentes que se sucederam, o preenchimento passou a ser discriminado pelo tipo de recurso, como "Embargos de Declaração", "Recurso em Sentido Estrito", "Mandado de Segurança", "Habeas Corpus", "Apelação", "Agravo" etc.

Além disso, por vezes, passou-se a discriminar o tipo de procedimento como "Ação Penal – Procedimento Sumaríssimo", "Ação Penal – Procedimento Sumário" e "Ação Penal – Procedimento Ordinário". Algumas vezes, ainda, no campo "Tipo de Processo", especificou-se o tipo de crime, como os "Crimes contra a Honra", ou até mesmo a origem do feito, por exemplo, "Representação", "Inquérito Policial", "Notícia Crime", "Termo Circunstanciado" ou "Queixa-Crime". Com o intuito de acompanhar efetivamente a evolução da atuação da Quarta Câmara e com vistas a não reduzir o foco por efeito de uma mera

mudança no preenchimento dos formulários internos, optou-se por utilizar todos os processos classificados em “Tipo de Processo”.

Do total dos 2.230, eliminaram-se tão somente os que diziam respeito a um recurso exclusivo de um réu que havia sido denunciado junto com o prefeito, sendo, na maioria das vezes, funcionário da prefeitura, secretário de governo ou assessor na prefeitura, mas que nesse recurso pleiteava, independentemente do prefeito, alguma questão em juízo. As razões podem ser variadas para esse cenário, por exemplo, quando o prefeito fora absolvido no julgamento da Quarta Câmara e os corréus condenados e, por isso, vinham posteriormente recorrer. Esse critério de exclusão foi o responsável por diminuir os 2.230 processos para os 2.206 finais.

Para a tabulação do universo de 2.206 casos analisados, a partir do número do processo que receberam no sistema de jurisprudência do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, foram classificados segundo um conjunto de 41 variáveis. São elas: “data de distribuição”, “data de julgamento”, “tempo de tramitação em meses”, “volumes”, “páginas”, “ano do julgamento”, “desembargador relator conforme a ementa”, “desembargador relator conforme o quadro no sistema on-line”, “desembargador revisor”, “desembargador vogal”, “decisão” (se monocrática, acórdão, ou do tribunal pleno), “desfecho”, “unanimidade”, “órgão julgador”, “local dos autos”, “artigo de lei supostamente violado”, “fato colusivo”, “tese da acusação”, “tese da defesa”, “tipo de processo”, “classe CNJ”, “assunto CNJ”, “inteiro teor”, “comarca de origem”, “município”, “autor”, “partido do autor”, “advogado do autor”, “réu”, “partido do réu”, “ocupação do réu”, “advogado do réu”, “OAB do advogado do réu”, “advogado do réu 2”, “advogado do réu 3”, “advogado do réu 4”, “quantidade de réus”, “vínculo entre os réus”, “efeito na carreira política”, “arquivo” e “data de arquivamento”.

Nenhum dos 2.206 processos eram protegidos por “segredo de justiça”; no entanto, apenas a partir de 29 de junho de 2000, começaram a ser disponibilizados o inteiro teor dos acórdãos julgados pela Quarta Câmara.[4]

Algumas dessas variáveis foram objeto de inconstâncias no decurso do período, a exemplo de “classe CNJ” e “assunto CNJ”, classificações que só começaram a operar em dezembro de 1999 e maio de 2009, respectivamente. “Tese da acusação” e “tese da defesa”, do mesmo modo, são informações que oscilam na base

[4] O primeiro acórdão (n.º 70000878769) que teve divulgado o teor da decisão colegiada da Quarta Câmara foi o recebimento da denúncia por crime de responsabilidade contra prefeito de São Leopoldo por suposta admissão de 27 servidores sem concurso público.

de dados em razão do modo como cada magistrado relata o caso e o reduz à escrita no acórdão. Como não são padronizadas, muitas vezes, as teses de defesa e acusação são excluídas do resumo do processo ou, quando este as menciona, pode omitir os argumentos que o desembargador relator julgou menos relevantes.

Em virtude do conteúdo pleno dos julgamentos só ser disponível por meio do sistema de pesquisa de jurisprudência a partir de meados de 2000, a atuação dos desembargadores revisores e vogais, bem como a construção da fundamentação que conduziu à decisão do relator, e a própria notícia da unanimidade ou, ao contrário, da manifestação de uma dissidência entre os desembargadores, só pôde ser conhecida a partir de então.

Apesar das ocasiões de ausência de informação quanto à unanimidade tenderem a ser altas, o julgamento foi realizado com divergências entre os três juízes em mais de 8,5%, ou seja, a unanimidade deu-se em mais de 91% dos casos, incluídas as decisões de admissibilidade e de mérito. Dessa grandeza também são as decisões tomadas pelo colegiado, por meio de acórdão, em torno de 95%. As decisões tomadas monocraticamente, por somente um desembargador, não atingem 5% dos casos.

A partir da pesquisa de jurisprudência do conjunto de 2.206 processos, propõe-se o necessário distanciamento dos relatos institucionais. Apesar do discurso do "combate à corrupção" e da "pedagogia da coisa pública", os dados mostram que o controle efetivo da política é limitado e geralmente circunscrito a pequenos municípios do interior. Além disso, em que pese o discurso institucional ser de reforço do papel moralizador das práticas políticas no estado do Rio Grande do Sul, muitas denúncias apresentadas contra os prefeitos na Quarta Câmara envolvem tipos penais externos a assuntos que compreendem a administração pública, tais como fraudes à licitação, crimes de responsabilidade e indisciplina no gasto das verbas públicas.

Muitas vezes, trata-se da implicação do prefeito denunciado em crimes contra a honra, por suposta ofensa à vida e à integridade física, por atentado ao pudor, favorecimento à prostituição, entre outros, que evidentemente repercutem com maior eficácia nas reputações desses agentes políticos quanto menor a comarca de origem do processo judicial.

Assim, a construção de banco de dados com o julgamento do total das denúncias apresentadas à Quarta Câmara permite nuançar o efetivo controle da corrupção que supostamente promoveria: é da ordem de 8% o montante de denúncias que terminam em decisão condenatória aos prefeitos. Não fosse o suficiente, os usos sociais decorrentes das transformações promovidas na polí-

tica local do estado são complexos e plurais, com a valorização profissional dos advogados de defesa, dos consultores de governo e dos jornalistas de investigação.

Essas dimensões permitem identificar as lógicas que se superpõem nas disputas pelo sentido correto da política e, igualmente, a recodificação das relações de força que interagem nesse espaço social: quanto aos escritórios de advocacia, crê-se que mais esforços de pesquisa mereceriam ser depositados na compreensão do fenômeno que recentemente vem afetando algumas bancas determinadas, historicamente identificadas com a representação de prefeitos organizados em torno de um dos polos do espectro político.

Por fim, cumpre considerar que as transformações da política local levadas a cabo pela disposição coordenada do sistema de justiça vêm promovendo reações, mais ou menos organizadas, dos prefeitos e suas entidades associativas aos julgamentos críticos de suas práticas políticas. Em análise do discurso desses atores na imprensa local e nas publicações das instituições que os representam, foram identificados pelo menos seis padrões de respostas: (i) o *vitimismo*, a ideia de que o cargo público é um fardo agravado pela "sanha punitivista" de iniciativas que visam a comprometer o patrimônio pessoal dos agentes políticos e a "abater reputações" por meio da espetacularização; (ii) o *tradicionalismo heróico*, relativo a um acionamento de um conjunto de concepções tradicionais da política local que destacariam determinados sujeitos enquanto detentores de certos atributos, tais como honra, bravura, lealdade, compromisso com a comunidade, respeito aos verdadeiros valores etc.; (iii) o *familismo político*; (iv) as *redes de reciprocidade*; (v) o *clientelismo*, que reúne, cada uma com determinadas particularidades, a mobilização estratégica de vínculos familiares, partidários ou geográficos enquanto laços de interdependência no intuito de acumular trunfos, reivindicar heranças políticas e auferir os capitais simbólicos dessa relação social; e, finalmente, (vi) as estratégias de *bom governo*, que serão tratadas com maior detalhe na seção seguinte.

Importa, ainda, salientar que os discursos de moralização das práticas administrativas no estado pelos desembargadores vêm a público paralelamente a uma série de práticas organizacionais internas do Poder Judiciário, denunciadas na imprensa local como favorecedoras do nepotismo dentro do órgão, que, por evidente, foram aproveitadas politicamente na tentativa de deslegitimar sua atuação. Com isso, percebem-se as claras iniciativas de construção de mecanismos de adaptação da lógica política à atividade judicial de controle, a qual pretende definir quais os critérios legitimados de boas práticas políticas.

5 Aperfeiçoamento da administração e "novos" modelos de gestão

O caso que origina a presente discussão aborda os julgamentos de crimes de prefeitos por uma Câmara Criminal especializada do Tribunal de Justiça do estado do Rio Grande do Sul entre os anos de 1992 e 2016 (Bento, 2017). O contexto de revisão da política pelos desembargadores é descrito por um dos componentes daquele colegiado de juízes como a promoção de uma "reforma nos costumes políticos do nosso Estado", uma vez que os prefeitos não seriam mais "imprudentes, negligentes no trato com o dinheiro público". Ou seja, a iniciativa judicial "redimensionou a administração pública, trouxe para a vida política do Rio Grande do Sul uma outra cultura, a cultura da probidade administrativa, do respeito pelo cidadão, pelo eleitor, respeito ao patrimônio público" (Machado, 2002, p. 202).

De fato, a organização e a disposição institucional para instruir e julgar prefeitos terminou por criar uma rede de assessoramento e consultorias em Direito Público, visando a amparar as prefeituras, especialmente de cidades pequenas, que carecem de pessoal qualificado para administrar em conformidade com o aparato legal vigente "contra elas". Diz-se "contra" porque há certo argumento mobilizado entre os agentes políticos de que é impossível um prefeito terminar um mandato sem pelo menos uma conta impugnada ou um edital contestado.

Uma expressão da valorização dos especialistas e da importação de técnicas de gestão, em nosso campo de análise, é a publicação por um coordenador da Federação das Associações de Municípios do Rio Grande do Sul (FAMURS), – entidade municipalista de conhecida atuação em prol de temas e interesses políticos locais –, especialista em administração pública, ex-secretário de governo em dois municípios do Rio Grande do Sul, do que ele chama de "planejamento estratégico municipal". Segundo ele, hoje as "diferenciadas formas de gerir um município demandam competências inexoráveis dos gestores públicos nas suas ações frente a atual competitividade entre as cidades" (Dorneles, 2013, p. 13).

O planejamento estratégico associado a outras "boas práticas de administração pública baseadas na governança local participativa" seria recurso que permitiria enfrentar os "desafios contemporâneos": a "gestão socioambiental sustentável, a constituição de consórcios públicos e de outros instrumentos de gestão associada em políticas públicas, promover a identificação de vocações locais e regionais, a definição de principais estratégias e políticas", por exemplo, justifica a necessidade do "planejamento estratégico municipal", que ilustra o bom

funcionamento a partir das experiências nas cidades de Porto Alegre, Curitiba, Belo Horizonte, Barcelona e Sevilha, além da "necessidade atual da conjuntura global" em alinhar "a gestão dos serviços públicos", também na obrigação legal para municípios com mais de 20 mil habitantes, que disponham de um Plano Diretor (Dorneles, 2013, p. 16-17).

Em narrativa sobre uma das "cidades-referência" mencionadas, Dorneles descreve um caso em que a introdução da metodologia do planejamento situacional apoia a implantação dos projetos estratégicos do plano de governo, permitindo o desdobramento do planejamento estratégico para todos os órgãos da administração pública (Dorneles, 2013).

Tal metodologia "incorpora a elaboração de cenários como ferramenta essencial para construir viabilidade ao planejamento" e pretende fundir "a dimensão política com a dimensão técnica". Exemplificando um "exercício prático de planejamento estratégico da gestão municipal", o autor cita o "curso de capacitação gerencial – Gestão para Resultados" destinado a mais de 600 "gerentes da Prefeitura", cujo conteúdo programático consiste em apresentar a ideia de "Arquitetura Estratégica", ou seja, "uma ferramenta objetiva para reflexão e reorientação estratégicas dos órgãos (Dorneles, 2013, p. 73).

Segundo o Dorneles (2013, p. 74), esse conjunto de práticas levou a uma ampla cultura de planejamento na administração pública da referida cidade e "desempenho para resultados", com a progressiva exigência de informações sobre avaliação de resultados; de comunicação gerencial ágil que facilite a tomada de decisão; elaboração orçamentária com vistas a dar concretude ao planejamento e redação de um relatório anual com indicadores dos resultados.

Esse processo estudado, que atribui poder à racionalidade técnica, à invasão das normas de mercado e do mundo empresarial, à formalização do governo à distância e à intensificação das operações de abstração, conforme Hibou (2012, p. 18), constitui-se em crítica ao exercício do poder, dos modos de governo e das práticas de dominação. Este processo contemporâneo de "burocratização neoliberal", segundo a autora, é um conjunto de dispositivos normativos e procedimentais, uma forma social de poder e, também, um lugar de enunciação do político que configura a expressão da dominação atualmente.

A pertinência para o nosso objeto dá-se porque, quanto mais a legitimidade do político é questionada, segundo Hibou, mais formalizada será a institucionalização de procedimentos de "governança", a qual é traduzida por uma visão despolitizada e simultaneamente burocratizada da política, que "insiste sobre o

formalismo jurídico e contratual e sobre uma visão de Estado de direito como instrumento de eficácia sócio-econômica", e que explicaria o caráter central de reformas administrativas e *manageriais*. A participação, "a responsabilidade e os deveres políticos são agora redefinidos através da adoção de uma concepção muito formalizada da prestação de contas ou *accountability*" (Hibou, 2012, p. 70).

A melhoria do funcionamento da democracia estaria assegurada por procedimentos formais, que substituiriam o processo democrático, os debates e o trabalho de mediação política e social. Nesse contexto, agentes políticos transformam-se em *managers* e "solucionadores de problemas", a partir do acesso a respostas técnicas e jurídicas. A inspiração do espaço privado mostra-se ainda pela transformação do cidadão em cliente, do "serviço público" em "serviço ao público" e por uma visão "mercantilizada, tecnicizada e formalizada do político" (Hibou, 2012, p. 71).

Ademais, uma perspectiva de burocratização da participação implicaria ainda a "construção de consensos", promovida como "técnica de governo, regra de procedimento e modo de gestão", cujo objetivo consiste na rapidez e na eficácia de decisões insuscetíveis à contestação. Essa ideia que se difunde de "resolução de conflitos" mostrou-se instável e pouco eficaz, já que seu princípio é a construção de maiorias suficientemente fortes para submeterem minorias: promove um "governo sem política", bem traduzido pelo conceito de governança, além da eficácia e da responsabilidade das partes em um espaço marcado pelo apagamento dos conflitos e das relações de força (Hibou, 2012, p. 72-73).

No processo de "desconflitualização", os agentes públicos não buscam mais fidelizar grupos sociais identificados, mas agregar interesses em torno de uma ação, algo que também é contemplado no trabalho de Cadiou (2009, p. 213). Para o autor, o exercício do poder local, hoje, exprime-se na capacidade em montar "grandes projetos", em viabilizá-los, em realizar mesas redondas para financiar operações, logo, a tratar de "problemas".

Questiona-se sobre a representação do *métier* político fundada na competência gestionária com valor de presunção de legitimidade política. Sublinha que as equipes municipais, numa lógica de especialidades, contam cada vez mais com múltiplos profissionais da cidade, cuja preocupação gestionária, vinculada a saberes e competências técnicas, renova a identidade dos líderes políticos urbanos e modifica as exigências junto aos profissionais.

O estilo político gestionário surgiria de um repertório que revela a impregnação de discursos estruturados por categorias de inspiração técnica, não mais

partidária. Esse trabalho de estilização, por isso, promoveria o declínio de ofertas programáticas dos partidos sobre as políticas locais e, acima de tudo, um contexto de neutralização política (Cadiou, 2009, p. 215).

A respeito da desvalorização da legitimidade ligada à democracia representativa e à crescente legitimidade *managerial* de que tratam também Boltanski e Chiapello (2009), Le Bart (2009) apresenta os agentes políticos locais situados entre esses dois mundos: o antigo mundo dos notáveis, que ainda os obriga às relações de proximidade, mas agora também convidados a posicionarem-se como *managers* e animadores de projetos, conscientes de valores como flexibilidade, abertura e mobilidade.

Le Bart concorda com Boltanski e Chiapello sobre como o eleito local está impregnado das lógicas conexionistas, que valorizam as redes abertas e leves em detrimento das instituições, cuja estabilidade é entendida negativamente, denunciada como esclerosada, pesada. Essa exigência do neocapitalismo, segundo os autores, demanda a disponibilidade à mobilidade geográfica, institucional, social e identitária, constituindo uma visão aberta e ofensiva do território, capaz de ser promovido e tornar-se atrativo, a fim de encontrar seu lugar no mercado concorrencial.

As relações de força estruturais são eufemizadas por contatos individuais e personalizados, fundados sobre confiança interpessoal, e não mais sobre etiquetagem política. No entanto, o político notável tradicional, aquele que encarna e celebra o território, em razão da singular identidade local, que defende o território contra as empresas de desterritorialização, tem ainda sua legitimidade preservada por mobilizar ideologia comunitária que valoriza fidelidade, lealdade e o compromisso nas promessas (Le Bart, 2009, p. 202).

A propósito da difusão da ideologia do *new public management* (NPM), típica dos governos Thatcher e Reagan, Lagroye et al. (2012, p. 497) afirmam que ela fornece uma linguagem e esquemas de pensamento comuns aos reformadores do Estado. A justificativa ideológica desse fenômeno corresponderia à afirmação de uma "necessidade" de tornar mais forte e mais eficaz o núcleo do Estado, livrando-o de tarefas secundárias, não essenciais, que o deixam mais vagaroso.

O objetivo explícito de modificar radicalmente a função pública e a organização administrativa permite a um restrito grupo dominante monopolizar os postos mais elevados. A "racionalização e modernização", defendidas pelo NPM, aparecem no começo do século XXI como um poderoso sistema de crenças e de representações que assegura a coerência intelectual das transformações nas

práticas e representações de um “bom governo”, associando governantes eleitos e altos funcionários, “aumenta a eficácia da burocracia e põe em estreita colaboração os eleitos e os administradores, revestidos de dupla legitimidade”. Estabelece a legitimidade, portanto, de práticas de gestão e de concentração do poder de decisão, a partir da “ilusão bem fundada” de que daria os contornos de uma democracia; enfim, “livre de ideologias”.

Segundo Lagroye et al. (2012, p. 561), para qualificar essa transformação decisiva dos modos de ação e do papel dos agentes do Estado, foi proposta a substituição do termo governo pelo termo “governança”. Designa uma quantidade de processos nem sempre logicamente relacionados, entre os quais: redução de capacidades de controle das políticas pelos governantes; multiplicação e dispersão dos centros de decisão em escala internacional, nacional e local; surgimento de normas e de regras, elaboradas “de baixo”; permeabilidade de fronteiras entre o público e o privado; e perda de legitimidade dos agentes políticos.

Além disso, o custo elevado de medidas a tomar e do pessoal a contratar e formar incita os governos a “externalizar as despesas”, utilizando o pessoal de associações e os recursos financeiros dos municípios e agentes privados: elogio ao voluntariado, glorificação de iniciativas da “sociedade civil”, valorização de parcerias, tendendo a legitimar a diminuição do poder público em assuntos nos quais ele deveria permanecer atuante. Desse modo, a nova concepção de critérios de excelência na política, tradução de suas próprias competências profissionais, legitima um novo estilo de ação e de governo, mais moderno e mais eficaz, e também mais democrático a seus olhos.

A esse processo de crise da política local, soma-se outra ponderação elencada pela bibliografia: as relações entre modelos exógenos e microcosmos sociais precisam ser problematizadas. Segundo os autores, são modelos exógenos os “dispositivos de gestão com pretensão universal” importados aos campos institucionais existentes, e microcosmos sociais, as “constelações de atores locais e universos profissionais” suscetíveis de incorporar tais práticas e transformar organizações. Demonstram, assim, como o Banco Mundial atua consagrando determinadas cidades como “casos de gestão exemplar” e prescrevendo, “em nome da transparência e da eficácia, a generalização da participação do setor privado como remédio à crise financeira dos municípios” (Blanchet e Cœurdray, 2010, p. 53).

Para além dos efeitos de dominação política que entidades filantrópicas fomentam, a internacionalização do campo da boa administração pública e do fornecimento de instrumentos e técnicas para controle de políticas e combate

à corrupção gera uma circulação internacional de saberes e produtores de saber nesse campo científico emergente, tal como no caso descrito por Dezalay e Garth (2006).

A rede de instituições em atuação em prol da defesa da boa administração pública mostra o fortalecimento de uma comunidade científica que se organiza como um mercado de exportação de *expertise* de pretensão universalista. Uma "nova ortodoxia *savante*" (Dezalay e Garth, 2006, p. 310) é construída, com vistas a uma estratégia de imperialismo simbólico. Porém, ainda que de pretensões mundiais, tais modelos encontram uma pluralidade tão grande de usos nacionais quanto mais variadas são suas implantações, ou seja, revelam verdadeira disjunção entre o discurso universalista e as suas traduções nacionais.

6 Considerações Finais

A estratégia de despolitização das práticas políticas locais, portanto, não se dá sem efeitos para o jogo político. Por todo o exposto, crê-se imprescindível que a agenda de estudos sobre a propalada crise da política local incorpore entre seus objetos as implicações promovidas por tal importação recente dos modelos de administração eficaz.

Conforme a discussão apresentada, os perfis de agentes políticos que se tornam legitimados à vida pública tendem a ser dos que mobilizam o repertório relativo à gramática política da governança e da gestão, geralmente associados à escolarização e à profissionalização mediada por centros difusores de tal modelo, com vínculos internacionais que lhes permitem acumular atributos, reivindicando tal *expertise*.

Modernidade e eficácia seriam os novos princípios de ação política legítima, a qual retira seu paradigma de excelência de atuação da tradução das próprias competências profissionais que prescreve. Como anunciam Dezalay e Garth (2006), a defesa da boa administração pública é devedora de uma rede de instituições e do fortalecimento de uma comunidade científica que se organiza como um mercado de exportação de *expertise*.

Na medida em que recrudesce a crítica dos agentes políticos e de seus modos tradicionais de desempenhar o *métier*, a bibliografia mostra que mais em voga tornam-se os procedimentos e o léxico de gestão e governança. Ou seja, a crítica da política coloca a administração pública no centro de uma transformação: do que era seu método tradicional, de composição e resolução de conflitos, é

transmutada para processos de formalização, burocratização e despolitização. Portanto, as reformas manageriais, cujos conteúdos consistem em reforçar o formalismo jurídico e uma visão instrumental de Estado de Direito, conduzem à promoção de um "governo sem política".

Quanto àqueles modos tradicionais de fazer-se política, orientados pela resolução de conflitos, passam a ser identificados à "instabilidade e baixa eficácia", segundo a nova representação do poder como governança, levando ao diagnóstico de que a construção de maiorias suficientemente fortes poderiam legitimamente submeter as minorias e apagar os conflitos de interesses. A "necessidade" de fortalecer e dar maior "eficácia" ao Estado justificaria ideologicamente a "ilusão bem fundada", como bem apontado por Lagroye (2012), de uma democracia; enfim, apolítica, porque "livre de ideologias".

Referências

Albuquerque, L. "Tribunal gaúcho condenou 92 prefeitos em 4 anos: 4.ª Câmara cuida apenas dos crimes de responsabilidade dos administradores municipais". In *O Estado de São Paulo*, 5 abr. 1999.

Almeida, F. "Justiça, combate à corrupção e política: uma análise a partir da Operação Lava Jato". *Pensata*, v. 5, n. 2, p. 69-82, 2016.

Barroso, L. R. "Fisiologismo, dinheiro e voto: uma proposta de reforma política para o Brasil". In Instituto Victor Nunes Leal (org.). *A contemporaneidade do pensamento de Victor Nunes Leal.* São Paulo: Saraiva, 2013. p. 211-248.

______. "'Operação Abafa' tenta barrar avanços do STF, escreve Barroso". Ministro do Supremo rebate críticas ao tribunal e afirma que corte contribui para estabilidade democrática. *Folha de São Paulo*, São Paulo, 23 fev. 2018. Disponível em: https://www1.folha.uol.com.br/ilustrissima/2018/02/em-artigo-ministro-do-supremo-rebate-criticas-feitas-ao-tribunal.shtml. Acesso em 7 jun. 2019.

Bento, J. S. "Julgar a política: lutas pela definição da boa administração pública no Rio Grande do Sul (1992-2016)" (Tese). Universidade Federal do Rio Grande do Sul, 2017.

Bezerra, M. O. *Corrupção: estudo sobre poder público e relações pessoais no Brasil*. Rio de Janeiro: Relume-Dumará, 1995.

Blanchet, T.; Cœurdray, M. "Légitimités asymétriques et hybridations organisationnelles face à l'importation de pratiques étrangères: le secteur de l'eau en Allemagne. *Critique internationale,* v. 48, n. 3, p. 53-75, 2010.

Boltanski, L. e Chiapello, E. *O novo espírito do capitalismo*. São Paulo: Martins Fontes, 2009.

Bourdieu, P. "La force du droit: eléments pour une sociologie du champ juridique". *Actes de la Recherche en Sciences Sociales*, v. 64, p. 3-19, 1986.

Briquet, J.-L. “Les ‘primitifs’ de la politique. La perception par les élites du vote en Corse sous la IIIe République”. *Politix*. v. 4, n. 15, p. 32-47, 1991.

______. *Mafia, justice et politique en Italie: l’affaire Andreotti dans la crise de la République (1992-2004)*. Paris: Karthala, 2007.

______ e Garraud, P. “Introduction”. In ______ e ______. *Juger la politique: entreprises et entrepreneurs critiques de la politique*. Rennes: Presses Universitaires de Rennes, 2001.

______ e Sawicki, F. *Le clientélisme politique dans les sociétés contemporaines*. Paris: PUF, 1998.

Buarque de Hollanda, S. *Raízes do Brasil*. São Paulo: Companhia das Letras, 1995.

Cadiou, S. “La politique locale: une affaire de techniciens?”. In Bidégaray, C. et al. *L’élu local aujourd’hui*. Grenoble: PUG, 2009.

Cittadino, G. *Pluralismo, Direito e Justiça Distributiva: elementos da filosofia constitucional contemporânea*. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 1999.

Da Ros, L. “Em que ponto estamos? Agendas de pesquisa sobre o Supremo Tribunal Federal no Brasil e nos Estados Unidos”. In Engelmann, F. *Sociologia Política das Instituições Judiciais*. Porto Alegre: UFRGS/CEGOV, 2017. p. 57-97.

Dezalay, Y. e Garth, B. “Les usages nationaux d’une science ‘globale’: la diffusion de nouveaux paradigmes économiques comme stratégie hégémonique et enjeu domestique dans les champs nationaux de reproduction des élites d’État”. *Sociologie du travail*, v. 48, n. 3, p. 308-329, 2006.

Dorneles, J. *Planejamento Estratégico Municipal: relevância, fundamentos e práticas a partir de experiências brasileiras e espanholas*. São Leopoldo: Oikos, 2013.

Duarte, N. *A Ordem Privada e a Organização Nacional: contribuição à Sociologia Política Brasileira*. São Paulo: Companhia Editora Nacional, 1939.

Engelmann, F. “Globalização e poder de estado: circulação internacional de elites e hierarquias do campo jurídico brasileiro”. *Dados*, v. 55, n. 2, p. 487-516, 2012.

______. “Julgar a política, condenar a democracia? Justiça e crise no Brasil”. *Conjuntura Austral*, Porto Alegre, v. 7, n. 37, p. 9-16, 2016.

Fanti, F. *Mobilização social e luta por direitos: um estudo sobre o movimento feminista* (Tese). Universidade Estadual de Campinas, Instituto de Filosofia e Ciências Humanas, 2016.

Faoro, R. *Os donos do poder: formação do patronato político brasileiro*. São Paulo: Globo, 2012.

Garcia, E. e Alves, R. *Improbidade Administrativa*. São Paulo: Saraiva, 2013.

Hibou, B. *La bureaucratisation du monde à l’ère néolibérale*. Paris: La Découverte, 2012.

Horta, R. M. “Política, ética e o controle legal da improbidade”. In Zilveti, F. A. e Lopes, S. (org.). *O regime democrático e a questão da corrupção política*. São Paulo: Atlas, 2004. p. 96-100.

Kerche, F. e Feres Júnior, J. *Operação Lava Jato e a democracia brasileira.* São Paulo: Contracorrente, 2018.

Lagroye, J. et al. *Sociologie politique*. Paris: Dalloz, Presses de Sciences Pó, 2012.

Leal, V.N. *Coronelismo, enxada e voto: o município e o regime representativo no Brasil.* São Paulo: Alfa-Ômega, 1975.

Le Bart, C. *Les nouveaux registres de légitimation des élus locaux. In: Bidégaray, C. et al. L'élu local aujourd'hui*. Grenoble: PUG, 2009.

Machado, L. M. U. "Depoimento [julho 1999]". In Félix, L. O. *Histórias de Vida: entrevistas e depoimentos de magistrados gaúchos*. Porto Alegre: Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul/Memorial do Judiciário do Rio Grande do Sul, 2002. v. 2, p. 179-213.

Maciel, D. A. "Ação coletiva, mobilização do direito e instituições políticas: o caso da campanha da lei Maria da Penha". *Revista Brasileira de Ciências Sociais*, v. 26, n. 77, p. 97-112, 2011.

Marona, M. C. e Del Río, A. (org.). *Justiça no Brasil: às margens da democracia*. Belo Horizonte: Arraes.

______ e Barbosa, L. V. Q. "Protagonismo judicial no Brasil: do que estamos falando?". In ______ e Del Río, A. *Justiça no Brasil: às margens da democracia*. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2018. p. 128-150.

Mendes, C. H. "Na prática, ministros do STF agridem a democracia, escreve professor da USP". *Folha de São Paulo*, São Paulo, 28 fev. 2018. Disponível em: https://www1.folha.uol.com.br/ilustrissima/2018/01/1953534-em-espiral-de-autodegradacao-stf-virou-poder-tensionador--diz-professor.shtml. Acesso em: 7 jun. 2019.

______. "Uma proposta com dez medidas elementares de ética para o STF: pesquisador lista princípios para que a corte escape da tentação colaboracionista". *Folha de São Paulo*, São Paulo, 9 fev. 2019. Disponível em: https://www1.folha.uol.com.br/ilustrissima/2019/02/uma--proposta-com-dez-medidas-elementares-de-etica-para-o-stf.shtml. Acesso em: 7 jun. 2019.

Musella, L. "La classe politique en jugement: Tangentopoli et la critique de la politique en Italie". In Briquet, Jean-Louis e Garraud, Philippe (org.). *Juger la politique: entreprises et entrepreneurs critiques de la politique*. Rennes: Presses Universitaires de Rennes, 2001.

Nunes, E. O. *A gramática política do Brasil: clientelismo, corporativismo e insulamento burocrático*. Rio de Janeiro: Garamond, 2010.

Oliveira Viana, F. J. *Instituições Políticas Brasileiras*. Belo Horizonte, São Paulo, Rio de Janeiro: Itatiaia, 1987.

Queiroz, M. I. P. *Mandonismo local na vida política brasileira*. São Paulo: Alfa-Ômega, 1976.

Ramos, E. S. "Ética e política". In Zilveti, F. A. e Lopes, S. (org.). *O regime democrático e a questão da corrupção política.* São Paulo: Atlas, 2004. p. 87-95.

Roussel, V. *Les magistrats dans les scandales politiques en France: logiques de action et jeux judiciaires locaux*. In Briquet, J.-L. e Garraud, P. *Juger lapolitique: entreprises et entrepreneurs critiques de la politique*. Rennes: Presses Universitaire de Rennes, 2001.

______. *Affaires de juges: les magistrats dans les scandales politiques en France*. Paris: La Découverte, 2002.

Schwartzman, S. *Bases do autoritarismo brasileiro*. Rio de Janeiro: Campus, 1982.

Vauchez, A. *La institution judiciaire remotivée: le processus d'institutionnalisation d'une "nouvelle justice" en Italie*. Paris: LGDJ, 2004.

Vianna, L. W. et al. *A judicialização da política e das relações sociais no Brasil*. Rio de Janeiro: Revan, 1999.

Posfácio
Democracia e Justiça no Brasil: para onde vamos?

Fernando de Castro Fontainha
João Pedro Pacheco Chaves

1 Introdução

Nos últimos anos, uma guinada conservadora tem suplantado o heterogêneo grupo de governos progressistas de centro-esquerda que chegou ao poder em diversos países da América Latina ao longo dos anos 2000. No Brasil, uma primeira etapa desse movimento deu-se em 2016 com a queda da presidente Dilma Rousseff e a emergência ao poder de seu vice por meio de um controverso processo de *impeachment*. O golpe final dessa empreitada veio em 2018 com a vitória nas urnas de Jair Messias Bolsonaro, tido como mais um personagem de uma nova direita – populista, conservadora e neoliberal – que ascende ao redor do mundo.

Esse resultado eleitoral pode ser considerado atípico quando comparado ao tradicional jogo político-eleitoral até então ocorrido no país. Questões tradicionalmente apontadas como determinantes para a vitória nas urnas, como fundo partidário, arco de alianças e tempo de propaganda eleitoral na televisão, tiveram sua influência reduzida. Isso porque Jair Bolsonaro dispunha de apenas R$ 12 milhões de fundo eleitoral e de 1% do tempo de propaganda obrigatória contra R$ 1,34 bilhão e 82% do tempo que dispunham os três maiores partidos – o Partido dos Trabalhadores (PT), o Partido Social Democrata Brasileiro (PSDB) e o Movimento Democrático Brasileiro (MDB).

Diversos aspectos podem ser aventados para explicar essa espécie de reviravolta eleitoral. Entre eles, é possível citar, por exemplo, a estratégia de comu-

nicação adotada pelo presidente eleito com o uso de redes sociais, bem como de *fake news* e disparos automáticos por *WhatsApp*. O fortuito atentado que sofreu durante a campanha também assume destaque na explicação de sua vitória. Aliado a tais questões, outro processo a desenvolver-se há alguns anos e, em certo sentido, sem uma clara ordenação em favor do novo presidente teve importância capital na configuração desse resultado: o crescente protagonismo do sistema de justiça na dinâmica política e eleitoral brasileira, mais especificamente sua mais recente versão: a de um movimento anticorrupção; uma verdadeira faxina moral.

É de ressaltar-se que a intervenção de órgãos do sistema de justiça na seara política não é novidade na realidade brasileira, tampouco é uma peculiaridade nacional. O fenômeno tem sido estudado há décadas sob diversas vertentes disciplinares em diferentes contextos nacionais. Um dos termos precursores nas análises sobre o tema, a partir das Ciências Sociais, é o de "judicialização da política", cunhado por Tate e Vallinder (1992) para tratar de uma expansão judicial em nível global. No Brasil tal conceito ganhou ampla popularidade e tem, em certo sentido, determinado a agenda de pesquisas sobre as interfaces entre direito e política.

Embora não tenha sido o primeiro a utilizar-se do termo entre nós, foi com Luiz Werneck Vianna e seus colaboradores (1999) que a "judicialização da política" entrou definitivamente no vocabulário das análises nacionais sobre as intervenções do sistema de justiça na arena política. Um traço marcante das análises de Vianna é certo otimismo com a intervenção do jurídico sobre o político, identificando aí uma possibilidade de efetivação de ideais republicanos que estariam inscritos na Constituição. A própria ideia original da "judicialização" tem em seu cerne a intervenção judicial na definição de políticas públicas, no que se convencionou chamar de jurisprudência dos direitos.

Ocorre que, passados 20 anos de "judicialização", a expansão do jurídico sobre o político no Brasil atingiu aquele que talvez seja o seu cume, com a intervenção indireta – porém, efetiva – na escolha do Presidente da República. A partir disso, o presente trabalho busca investigar de que forma o fenômeno empírico contrapõe-se a certa literatura sobre as interfaces entre jurídico e político na realidade brasileira. Objetiva-se investigar como a chegada de Jair Bolsonaro à presidência da república relaciona-se com o otimismo depositado por certa corrente na atuação do sistema de justiça na dinâmica política nacional – sobretudo quanto à aposta na judicialização como caminho para a realização de ideais republicanos.

A hipótese aqui defendida é de que o entusiasmo com a atuação dos juristas subestimou as possibilidades de intervenção e as escolhas que poderia tomar esse diversificado e fragmentado corpo. Assim, defendemos que, ao invés de efetivamente atuar para a realização de ideais republicanos, a atuação dos juristas na seara política contribuiu para levar ao poder um candidato que é a antítese daquilo que se pode identificar como "jurisprudência dos direitos". Por conta disso, o fenômeno empírico leva a uma espécie de curto-circuito em que a judicialização da política teve como ponto alto a eleição de um presidente contrário à "pauta" de expansão de direitos implícita na ideia de "judicialização da política".

Para tanto, num primeiro momento, traçamos um breve balanço das análises do Direito a partir das Ciências Sociais, dando ênfase ao mencionado otimismo com a "judicialização da política". Após, trataremos do aludido movimento de membros do sistema de justiça na configuração do resultado que elegeu Bolsonaro como presidente, buscando relacioná-lo aos prognósticos da literatura da "judicialização". Ao final, tentaremos, ainda que brevemente, apontar dilemas e perspectivas para a relação entre direito e política no Brasil e os desafios de sua análise a partir das Ciências Sociais.

2 O Direito e a crise política a partir das Ciências Sociais no Brasil

Uma postura relativista, vinda da Antropologia do Direito, hoje recebe com naturalidade aquilo que se chama *seletividade do sistema de justiça criminal*. Para os antropólogos especialistas nas questões jurídicas brasileiras, é justamente a seletividade que marca o Direito Brasileiro como profundo difusor da naturalização das desigualdades no país. Para essa corrente de pesquisa, a arbitrariedade e a seletividade são marcas perenes do sistema de justiça criminal brasileiro, marcado pela inquisitorialidade, desigualdade e por uma peculiar concepção acerca do princípio do contraditório (Lima, 2016).

Explorando as fronteiras entre o legal e o ilegal, bem como as múltiplas agências e agentes em torno da formulação de políticas públicas (Pastore et al., 2016), vários são os estudos etnográficos que têm explicitado a tensão "paradoxal combinando princípios constitucionais liberal-igualitários, de um lado, e um sistema judiciário hierárquico, de outro" (Oliveira, 2014), ou a articulação entre a "desigualdade jurídica explícita" – a igualdade dos semelhantes e a dos diferentes – e "a inquisitorialidade, expressada no sigilo das acusações e no processo escrito, no âmbito das práticas judiciárias penais" (Lima, 2013).

Os antropólogos, assim, já produziram um conhecimento fino acerca do trabalho cotidiano das cortes brasileiras, especialmente em matéria penal, e demonstraram como uma cultura jurídica manifesta-se nos processos adaptativos dos mais diversos atores que interagem com a persecução criminal no Brasil. Entretanto, esse arcabouço analítico não nos fornece explicações sobre a interação das elites jurídicas com as políticas desde a redemocratização, bem como não enfrenta questões relativas a processos de socialização mais profundos e reveladores da falsa pretensão de neutralidade política a que reivindicam os juristas.

Sem sombra de dúvida, a abordagem que funda e embala por quase duas décadas os estudos do Direito pelas Ciências Sociais no Brasil é a da judicialização. Desenvolvida por Werneck Vianna e seus colaboradores, por meio dela propôs-se uma versão brasileira da expansão judicial global de que trataram Tate e Vallinder (1992). Como mencionado, embora sofisticada, a judicialização traz consigo um viés otimista, vendo na sobrecarga republicana do sistema de justiça o avanço da república e da cidadania.

Outra série de estudos, em parte reativa, em parte alternativa à agenda da judicialização, tem-se formado em torno de uma sociologia política do Direito no Brasil (Fontainha et al., 2017). Outras entradas teóricas e empíricas têm sido exploradas: profissões, elites, instituições e atores. A força da ideologia profissional no reforço das éticas corporativas e na pretensa neutralização das influências externas às corporações jurídicas é argumento que vem ganhando relevo, sobretudo nas análises que levam em conta a entrada das mulheres nas profissões jurídicas (Bonelli, 2016; Bonelli e Benedito, 2016).

Há também estudos que se propõem a explorar a interseção entre profissões e elites jurídicas e políticas a partir do conceito de campo de poder, seja demonstrando a importância dos lugares de trânsito elitário entre o jurídico e o político (Almeida, 2016), seja explicitando a mobilização de quadros dirigentes das corporações do sistema de justiça nas importantes reformas do Direito e das instituições jurídicas recentes no Brasil (Almeida, 2014).

Há também a mobilização da ideia de sentidos políticos do Direito, seja para tratar da reforma do judiciário brasileiro (Engelmann, 2015), para explicitar a ameaça que o hiperativismo judicial oferece à democracia (Engelmann, 2016a), para atestar a participação de juristas na atual crise política como um "golpe de estado de direito" (Engelmann, 2016b), seja ainda para indagar acerca da possibilidade de equilíbrio republicano por parte dos juristas em face de uma ofensiva conservadora (Koerner e Schilling, 2015).

Uma importante série de reflexões mobilizou-se em torno das reformas do sistema de justiça desde a Constituição de 1988: alterações nas leis processuais, mudanças nas profissões e instituições jurídicas e, sobretudo, a criação do Conselho Nacional de Justiça (Sadek, 2015). Esse campo de estudos absorveu rapidamente a nova distinção nativa entre jurisdição e gestão, entre controle e ação. A administração da justiça passou a ser tratada como importante afirmação da relação entre juristas e a política (Koerner et al., 2015; Arantes, 2015a; Lima et al., 2015), seja do ponto de vista da emergência de novos atores, como os juízes empreendedores (Fontainha, 2012), seja pelos conflitos que explicitam as agendas corporativistas que animam os corpos de juristas (Arantes, 2015b; Kerche, 2014) e suas origens históricas (Vannucchi, 2016).

O aparente consenso em torno da captura da agenda republicana por corporações de burocratas e da expansão de seus privilégios e prerrogativas – sintoma de uma sociedade civil politicamente desarmada – parece não coexistir com o dilema madisoniano: "quem controla os controladores?". O fruto desse ruído é a falta de um modelo, de matriz institucionalista, que dê conta de explicar as instituições jurídicas como integrantes interagentes do sistema político. Os modelos tradicionais de análise de decisões judiciais – sobretudo os americanos – vão mostrando-se completamente anódinos à realidade brasileira, e, pouco a pouco, novas abordagens mais ancoradas nos nossos dilemas vão surgindo, como a descritiva (Silva, 2016).

Outros estudos sociológicos apontam chaves compreensivas que, organizados numa coerente agenda de pesquisa, podem fornecer explicações mais finas sobre as relações entre os juristas, a política e a sociedade. Foi desenvolvido o conceito de *ideologia concurseira* (Fontainha, 2015; Fontainha et al., 2015) para designar os efeitos disruptivos de um sistema de recrutamento absolutamente autocentrado. O serviço público brasileiro, o que inclui os profissionais jurídicos de Estado, convive com um recrutamento absolutamente desvinculado de uma formação prévia ou de competências e habilidades desejadas. O imenso mercado dos cursinhos e instituições organizadoras de processos de seleção dotam a adesão dos indivíduos aos corpos profissionais de um sentido instrumental com profundas consequências em termos de socialização institucional.

Tal fato pode ser demonstrado, também, pela presença massiva da regulação de interesses das corporações jurídicas por meio de julgamentos de ações de inconstitucionalidade – propostas por associações de classe – pelo Supremo Tribunal Federal (Oliveira, 2016). Outros estudos mostram, ainda, que se trata

o judiciário, na percepção dos brasileiros, de órgão caro, moroso, injusto e opaco, apesar dos ininterruptos aumentos do número de demandas (Cunha et al., 2016), bem como, sob o prisma comparativo com outros contextos nacionais, de um dos mais caros e ineficientes do mundo (Da Ros, 2015).

Por fim, especificamente sobre o papel da persecução judicial de políticos como uma possível forma de rearranjos políticos e federativos, já se demonstraram experiências prévias no caso de prefeituras no Rio Grande do Sul, em Minas Gerais e na Bahia (Da Ros, 2014). Deve-se mencionar também o projeto "História oral do Supremo", trazendo narrativas de ministros e ex-ministros do STF sobre temas como (1) a influência de instâncias políticas elitárias nas suas origens e formação; (2) o enorme espaço de articulação entre juristas e políticos na indicação e na sabatina de novos integrantes da corte; e (3) as solicitações vindas de políticos no cotidiano jurisdicional da corte (Fontainha et al., 2014-2016).

Apesar ser um objeto de estudos de relativa juventude no âmbito das Ciências Sociais, como acima demonstrado, o Direito tem sido estudado sob variados enfoques. Ainda assim, análises com foco nas relações entre Direito e Política têm tido como esteio teórico relevante a ideia de judicialização da política, mesmo que com importantes variações teórico-metodológicas quanto a seus usos. Nesse sentido, na seção seguinte, analisaremos os usos do termo judicialização da política, sobretudo quanto a um dos seus mais relevantes traços: o otimismo com a intervenção dos juristas na arena política.

3 Otimismo e entusiasmo da "judicialização da política"

No ano de 2019 completaram-se 20 anos do lançamento da primeira obra a tratar de maneira mais densa deste conceito central nas análises sobre instituições jurídicas e suas interfaces com a política no Brasil: o de "judicialização da política". Embora Marcus Faro de Castro tenha sido o primeiro a dele utilizar-se, em trabalho publicado em 1996, só três anos depois, com o lançamento de "A judicialização da política e das relações sociais no Brasil",[1] que o termo notabilizou-se e, posteriormente, popularizou-se nas Ciências Sociais e no debate público entre nós.

---

[1] É possível considerar como uma extensão deste livro o artigo "Dezessete anos de judicialização da política" (2007), em que Werneck Vianna e seus colaboradores ampliam a base de dados da mencionada obra e confirmam as hipóteses ali defendidas.

Nesta seção, procedemos, ainda que de forma limitada e não exaustiva, a uma reconstrução das principais abordagens a utilizarem-se do conceito. Como mencionado, o termo "judicialização da política" surge com Neal Tate e Torbjörn Vallinder, na publicação de uma coletânea de trabalhos sobre a expansão do poder judiciário em diversas democracias ao redor do mundo. Nele, os autores apresentam o conceito de judicialização e as condições que permitiram o surgimento do fenômeno.

Em breves linhas, o argumento é de que a expansão dos órgãos do sistema de justiça é fruto da consolidação da ideia de supremacia constitucional após o fim da II Guerra Mundial – algo que teria atingido um grau ainda maior com a queda da União Soviética e a adoção do modelo de democracia liberal em antigos países comunistas.

Nesse sentido, a judicialização é definida tanto como o processo em que juízes passam a ter crescente influência na definição de políticas públicas que eram definidas por outros poderes quanto como o processo em que instâncias não judiciais passam a agir segundo regras e procedimentos de inspiração judicial (Tate e Vallinder, 1995, p. 28).

No primeiro caso, o envolvimento de juízes na definição de políticas públicas dependeria de seu nível de ativismo e de suas preferências pessoais quanto a elas. Os autores apresentam ainda um modelo que enumera condições para a existência da judicialização no qual se incluem: existência de um governo democrático, com separação dos poderes, previsão de direitos políticos, uso dos tribunais por grupos de interesses e ineficiência de instâncias majoritárias (Tate e Vallinder, 1995, p. 28-33).

No Brasil, os primeiros usos do termo questionavam sua aplicabilidade à nossa realidade, em vista de identificarem, no âmbito do Supremo Tribunal Federal, pouca disposição ao ativismo por parte dos ministros (Castro, 1997; Teixeira, 1997). Em parte, associando-se a essa hipótese, Luiz Werneck Vianna e seus colaboradores utilizam-se do conceito de judicialização da política para tratar também das mudanças institucionais trazidas com a volta à democracia e à promulgação da Constituição Federal de 1988.

Em consonância com a literatura sobre o tema tanto da Teoria Política como da Teoria do Direito, os autores assinalam que a emergência da judicialização advém de transformações profundas nas sociedades ocidentais a partir da II Guerra Mundial. Para eles, com o pós-guerra, o Direito passará por mudanças que alterarão tanto a sua própria compreensão quanto o seu lugar nos regimes políticos. É assim que, após as experiências do nazifascismo e a instituição de tribunais para julgamentos de crimes contra a humanidade, criar-se-á um foro internacional sobreposto ao soberano nacional (Vianna et al., 2007, p. 39).

Em paralelo, no âmbito dos estados nacionais, há a expansão do constitucionalismo democrático, que confere ao Poder Judiciário capacidade de exercer jurisdição sobre a legislação produzida pelo soberano. Na esfera econômica, o estado do bem-estar social "trouxe o direito para o centro da vida social", com sua intenção de organizar o capitalismo, harmonizar as relações entre as classes, bem como por sua legislação aberta e indeterminada em contraste com a ortodoxia liberal – o que torna o juiz um legislador implícito (Vianna et al., 2007, p. 40).

Ocorre que, com o desmonte do *welfare state* a partir das crises do capitalismo nos anos 1970, esse arranjo entra em declínio, juntamente com outras esferas do mundo moderno, como ideologias, religiões, partidos e sindicatos. É aí que as expectativas de direitos deslocam-se para o Poder Judiciário, que se torna "o muro das lamentações do mundo moderno". O resultado é o fenômeno mundial da explosão da litigância, tornando o acesso à justiça uma política pública relevante. Nesse contexto, a classe política, sem o recurso aos mecanismos do estado do bem-estar social e distante dos representados, estimula tal processo (Vianna et al., 2007, p. 41). A justiça torna-se capilar e aproxima-se da população.

No Brasil, o marco temporal que teria permitido a gestação desse processo seria a queda da Ditadura Militar e de todas as consequências decorrentes da volta a um regime democrático. A nova arquitetura institucional, coroada pela Constituição Federal promulgada em 1988, teria, para Werneck Vianna, a possibilidade de reverter o histórico de desigualdades sociais e políticas que nos caracterizariam, munindo a sociedade de meios para lutar contra a naturalização de uma realidade adversa à democracia. Nesse sentido, o Poder Judiciário despontaria como "uma arena de aquisição de direitos, de credenciamento à cidadania e de animação para uma cultura cívica" (Vianna et al., 1999, p. 44).

Para Werneck Vianna, a judicialização da política no Brasil não teria nascido no seio do Judiciário, mas teria como origem a descoberta, por parte da sociedade civil, das possibilidades de utilizarem-se novos procedimentos judiciais. Institucionalmente, a judicialização nasceria com a adoção de um modelo de controle abstrato de constitucionalidade das leis com a intermediação de uma comunidade de intérpretes, e não, como ocorria em outros países, da assunção de novos papéis por antigas instituições (Werneck Vianna et al., 1999, p. 47).

Essa inovação, materializada nas Ações Diretas de Inconstitucionalidade (ADI's), teria sido rapidamente reconhecida como "um instrumento de significativa importância não só para a defesa de direitos da cidadania, como também para a racionalização da administração pública" (Vianna et al., 1999, p. 47).

Nesse sentido, a pesquisa levada a cabo por Werneck Vianna e seus colaboradores analisou ADI's ajuizadas junto ao Supremo Tribunal Federal (STF) entre 1988 e 1998. É de ressaltar-se que os autores ampliaram sua base de dados no artigo "Dezessete anos de judicialização da política" (2007), em que examinam ADI's ajuizadas até 2005, onde confirmam os argumentos contidos em "Judicialização da política e das relações sociais" (1999). Para eles, as ADI's tornaram-se parte natural da democracia brasileira, constituindo-se em escoadouros de conflitos entre sociedade e estado e instrumentos de trabalhadores e empresários (Vianna et al., 2007, p. 43).

Após examinarem diversos aspectos envolvidos na referida ação constitucional, os autores concluem que não ocorria protagonismo judicial por parte do STF. Isso porque a judicialização dar-se-ia pela provocação feita às instituições judiciais a partir da sociedade civil organizada e de instituições representativas. Assim, a judicialização representava uma contribuição ao processo democrático, constituindo-se em mais um espaço de participação política da sociedade. Diante dos resultados da pesquisa, os autores deixam claro seu entusiasmo e otimismo com o processo de judicialização:

> Na experiência brasileira [...] o que se chama judicialização da política não é o resultado de um protagonismo institucional exercido pelo Poder Judiciário. Ela deriva, diversamente, de novas práticas de resistência da sociedade civil, particularmente dos partidos que compõem a minoria parlamentar e das associações de interesse dos setores subalternos, que vêm encontrando na comunidade de intérpretes um caminho para reforçar sua representação (Vianna et al., 1999, p. 259).

Outra vertente, contemporânea à obra de Werneck Vianna e seus colaboradores, pode ser representada pelos estudos levados a cabo por Rogério Arantes (1999, 2002). Neles, o autor também se utiliza da judicialização da política; entretanto, sob abordagens substantiva e metodológica distintas. Arantes tem como objeto de estudos o Ministério Público (MP), que, para ele, constitui-se no melhor exemplo das potencialidades, limites e contradições que marcam não só o fenômeno da judicialização da política, como também o da *politização da justiça* (2002, p. 13). Isso se daria tanto em razão de seu desenho institucional, a partir das novas funções que adquire, sobretudo com a defesa dos interesses difusos e coletivos por meio das ações civis públicas, quanto de uma ideologia profissional de seus membros que daí derivaria.

Denominada de "voluntarismo político", esta consistiria na crença de que o Ministério Público teria um papel protetivo ante uma sociedade incapaz de defender-se diante dos poderes políticos corrompidos ou incapazes de cumprir seus deveres. O órgão seria assim legítimo representante da sociedade, mesmo não estando sujeito a controle político ou eleitoral. Ao final do estudo, o autor adota certo pessimismo com tal cenário pela união de politização da instituição com o voluntarismo de seus membros que os levaria a crer que seria necessária uma atuação no processo político do país (Arantes, 2002).

Essas duas abordagens tornaram-se, à época, exemplares quanto aos usos do conceito de judicialização da política. Para Débora Maciel e Andrei Koerner (2002, p. 132), ambos ancorar-se-iam em diferentes modelos de constituição e de república. Assim, Werneck Vianna adotaria um modelo de república constitucional com foco na participação política e na deliberação pública e um modelo de constituição democrático-comunitária em que caberia ao Judiciário formular os valores nela compartilhados. Já Arantes teria um modelo de república marcado pela separação dos poderes e um modelo de constituição liberal em que ao Judiciário caberia, como um órgão técnico, a aplicação da lei a casos concretos.

Entretanto, para o Maciel e Koerner, tais estudos seriam insuficientes para tratar dos problemas de pesquisa empíricos sobre as instituições judiciais. Isso porque o conceito de judicialização da política, além de normativo, teria pouca precisão:

> A concepção original de judicialização da política é marcada por uma concepção formal das atribuições e relações dos poderes, assim como uma conotação de progressividade, de processo unidirecional cuja pertinência empírica é discutível. No Brasil, o debate público incorporou a expressão num sentido fortemente normativo e provocou a proliferação dos seus sentidos. A produção acadêmica também apresenta fluidez no uso da expressão, a qual não se torna mais do que um nome que é tomado como ponto de partida para análises cujas perspectivas são bastante divergentes (Maciel e Koerner, 2002, p. 129).

Desde então, diversos foram os trabalhos que se utilizaram do conceito de judicialização da política. Acompanhando o diagnóstico feito por Maciel e Koerner, o termo acabou por "ganhar vida própria", tornando-se uma espécie de sinônimo de qualquer processo concreto que sinalizasse intervenção judicial na arena política. Em parte, como reação a tal fato, diversos autores dedicaram-se tanto a enumerar seus usos

como a buscar uma definição mais precisa do conceito (Carvalho, 2004; Veronese, 2009; Avritzer e Marona, 2014). De outro lado, em vários trabalhos, buscou-se verificar se de fato ocorria judicialização na realidade brasileira e de que forma (Oliveira, 2005; Taylor e Da Ros, 2008; Carvalho, 2009; Pogrebinschi, 2011).

Em comum, muitas dessas análises buscam avaliar a existência de judicialização ou o grau em que ocorre na realidade brasileira a partir da forma como o STF atua no controle abstrato de constitucionalidade. Assim, constroem modelos que têm como escopo verificar se, em tais casos, a mais alta corte do país teria uma postura ativista.

Na esteira do estudo pioneiro de Werneck Vianna e seus colaboradores (1999), criou-se certa tradição que adota como índice para a judicialização o padrão de julgamento de ADI's pelo Supremo Tribunal Federal, em que, grosso modo, decisões de mérito procedentes indicariam uma postura ativista da corte. Do contrário, como era a própria conclusão de "judicialização da política e das relações sociais" (1999), não haveria ativismo, e a judicialização não representaria uma expansão intencional por parte dos juristas, menos ainda uma ameaça à dinâmica política.

Como também estava presente no estudo de Werneck Vianna, os trabalhos que o sucedem adotam certo otimismo com o processo de expansão judicial. Em geral, "atribui-se sentido positivo às novas relações entre as esferas políticas e a esferas jurídicas, de modo que o fenômeno é visto como um processo de aperfeiçoamento das democracias" (Avritzer e Marona, 2014, p. 85).

É possível afirmar que parte das explicações para tal avaliação decorre do próprio momento político vivido pelo país com a superação do recente passado autoritário e pela consolidação da democracia sob o corolário de um de seus principais símbolos, a Constituição Federal de 1988, rica na previsão de direito e ela própria em processo de consolidação. Nesse cenário, o próprio Poder Judiciário passa por mudanças tanto institucionais como em sua composição, o que se refletirá em novas formas de atuação e em uma nova imagem pública.

Outro fator que pode ser visto como variável relevante na explicação dessa espécie de otimismo é a própria natureza das primeiras intervenções do Judiciário em temas da política. Ocupando o vácuo representativo deixado pelos poderes eleitos, naturalmente desgastados, como bem mostram tanto as concepções originais de judicialização de Tate e Vallinder como a análise do caso brasileiro de Werneck Vianna, o Poder Judiciário passou a ser *locus* importante na definição de direitos e políticas públicas.

É de ressaltar-se que a própria ideia de judicialização surge no âmbito de uma jurisprudência dos direitos. Expressam esse fenômeno os casos de judicialização de políticas públicas e os julgamentos que envolvem direitos constitucionais. No primeiro caso, a arena judicial torna-se palco para a "garantia" de direitos com a intervenção judicial no orçamento público e em atribuições que originalmente seriam de competência de poderes políticos. Exemplos disso são os casos de judicialização de demandas de saúde.

No segundo, tem-se o julgamento de casos que envolvem a definição de direitos individuais, inclusive contra textos legais ou a inércia legislativa. Diversos julgados no âmbito do STF expressam o fenômeno, tais como: o uso de células tronco embrionárias em pesquisas científicas, o aborto de fetos anencefálicos e a união estável de casais homoafetivos. Este último caso abriu caminho para que o Conselho Nacional de Justiça (CNJ) determinasse que os cartórios do país realizassem a transformação dessas uniões em casamento civil à revelia de previsão legislativa.

Todos esses aspectos possuem um caráter de promoção da cidadania, e , em alguma medida, condizem com as esperanças de que a judicialização possa consolidar ou aperfeiçoar a democracia; entretanto, não captam outro sentido da expansão do jurídico sobre o político. Enquanto se promove e, em certo sentido, apoia-se a atuação judicial na promoção de supostos valores constitucionais, ainda que extrapolando competências institucionais, oportuniza-se, igualmente, uma "cultura" de atuação guiada por certos fins políticos que podem tornar-se independentes desse suposto ideário constitucional.

A grande questão, como veremos na seção seguinte, é que chegamos a um "curto-circuito" nas relações entre justiça e democracia, ou melhor, entre Direito e Política no Brasil. Inegavelmente, ao longo desses 20 anos, houve uma expansão do Poder Judiciário no país sobre o terreno da política. O que antes era festejado como um processo a serviço da consolidação da democracia, da ordenação do estado e da cidadania, com a promoção de uma jurisprudência de direitos, acabou por descambar para a intervenção judicial pura no âmbito do resultado das eleições de 2018. A grande contradição, que caracteriza esse curto-circuito, é que o presidente eleito – sob as bênçãos de grande parte do diversificado corpo de juristas – constitui-se na antítese dessa jurisprudência de direitos, em face do seu caráter "conservador nos costumes e liberal" na economia.

Ainda que não se possa conceber a atividade científica como uma fábrica de prognósticos, importa lançar um olhar retrospectivo para as limitações teórico-metodológicas de que padecemos até aqui e projetar os desafios que se impõem

neste novo cenário. Lançado em 2002, nos primeiros anos de entusiasmo com o conceito e o fenômeno da judicialização, parece correto o diagnóstico de Débora Maciel e Andrei Koerner (2002, p. 131), que acabou por se tornar também um prognóstico, de que o termo judicialização, embora útil como ponto de partida, não constituiria base suficiente para a formulação de problemas de pesquisa empírica sobre as instituições judiciais: “Em especial, é preciso tratar o tema das relações entre judiciário e política na democracia brasileira sem o recurso ao conceito pouco preciso, mas de rápida circulação pública, de judicialização da política”.

4 As sementes do curto-circuito: a gradual mudança das interfaces entre justiça e política

As primeiras interfaces entre jurídico e político que ocorreram no Brasil após a volta à democracia enquadram-se na mencionada fase primeira da judicialização da política. Esta tem como traço fundamental a ideia de judicialização de direitos, quando juízes e cortes passam a decidir questões relacionadas a políticas públicas e a direitos individuais. Exemplos disso podem ser vistos entre nós tanto num plano capilar, em primeira instância, quanto no âmbito das elites jurídicas, nos tribunais superiores. Casos de judicialização de demandas de saúde ou a redefinição de direitos aparentemente não previstos pelo ordenamento brasileiro (como aborto ou casamento homoafetivo) são exemplos disso.

Ocorre que, ao longo dos anos 2000, essas dinâmicas entre jurídico e político passam, paulatinamente, a tomar outro rumo. Após o “engajamento” de instâncias judiciais na definição e garantia de direitos – tanto na esfera individual, em casos concretos, como em demandas de viés coletivo, como as Ações Civis Públicas – passou-se a ver crescentes intervenções, com reflexos na arena política, no âmbito criminal, sobretudo em crimes ligados a esquemas de corrupção.

No âmbito das instâncias inferiores, verificam-se, ao longo dos anos 2000, diversas iniciativas que sugerem esse movimento. Como exemplo, é possível citar a Operação Satiagraha, deflagrada em 2004, que investigou supostos esquemas criminosos envolvendo políticos, empresários e figuras do mercado financeiro. Outro exemplo é a Operação Castelo de Areia, iniciada em 2009, que tratou de esquema de corrupção envolvendo políticos e empreiteiras.

Antes mesmo de levar a condenações, ambas acabaram integralmente anuladas pelo Superior Tribunal de Justiça (STJ), a Operação Satiagraha, em razão de a Política Federal ter sido auxiliada pela Agência Brasileira de Inteligência

(ABIN) nos grampos telefônicos aos investigados. Além disso, o delegado que chefiou as investigações foi condenado pelo STF e expulso da Polícia Federal por sua atuação nesse caso. Já a Operação Castelo de Areia foi anulada por ter sido embasada em denúncia anônima.

No âmbito dos tribunais superiores, esse movimento encontra eco na Ação Penal 470, o mensalão, no âmbito do Supremo Tribunal Federal, cujo inquérito iniciou-se em 2005. Seu julgamento deu-se em agosto de 2012, levando à condenação políticos da base aliada do governo federal, à época chefiada pelo presidente Luiz Inácio Lula da Silva, do Partido dos Trabalhadores. Um ponto que chamou a atenção é que a condenação de diversos políticos e empresários deu-se pela "teoria do domínio do fato", cujo uso consistiu na presunção de que, pelos cargos que ocupavam, respectivamente, na administração pública, na estrutura partidária ou na estrutura societária, eles eram partícipes ou endossavam o esquema.

Esse movimento paulatino chegou ao seu cume com os desdobramentos de outra operação ainda em curso: a Operação Lava Jato. Iniciada em março de 2014, com foco em supostos crimes cometidos por um doleiro em Curitiba, o caso já gerou mais de 150 condenações, incluindo políticos e empresários, e a recuperação de R$ 11,9 bilhões de reais aos cofres públicos. De investigações iniciais sobre uso de um posto de combustíveis para lavagem de dinheiro, a operação desvendou um complexo esquema de corrupção envolvendo as maiores empreiteiras do país e empresas públicas, notadamente a Petrobrás. A operação desdobrou-se, ainda, em outros dois estados, Rio de Janeiro e São Paulo. Diferentemente das outras operações aqui citadas, a Lava Jato segue, há cinco anos, incólume quanto a anulações, pelos tribunais superiores de seus principais procedimentos.

Essa *parábola judiciária brasileira*, que, do mensalão à Lava Jato, construiu um novo padrão relacional entre política e direito no Brasil, é o palco para a observação empírica do corolário desse processo (Fontainha e Lima, 2018). Por um lado, o que se observa indiretamente é a emergência de uma nova versão dominante sobre o papel do judiciário: o de faxineiro moral. Essa reivindicação, eficaz até o momento, está ancorada em muitos atores e agências, mas pode ser descrita por meio do excessivo e ousado – como nunca – uso de *incidentes políticos-jurídicos*.

Com essa categoria, pretende-se designar criações cotidianas veiculadas na forma de preceitos jurídicos, porém, dirigidos a necessidades e expectativas externas. Dois exemplos são o uso da teoria do domínio do fato e a combinação

da prisão provisória com a delação premiada. Esta parábola judiciária leva ao limite mais radical possível, à tensão entre a postulação de autonomia relativa do jurídico em face do político e o alto impacto das decisões na arena política. Eis o novo padrão relacional.

Se, antes, na judicialização dos direitos, as interferências do jurídico sobre o político davam-se na intervenção judicial nas políticas públicas, na inovação legislativa à revelia dos legisladores ou na reordenação judicial da administração estatal, com a Lava Jato, atinge-se outro patamar com o embate direto entre juristas e políticos. Entre as análises que tentam compreender esse movimento, ainda em curso, no âmbito do sistema de justiça, tem adquirido destaque a interpretação cunhada por Christian Lynch da ocorrência de uma "Revolução Judiciarista".

A partir do pensamento político brasileiro, o autor faz um paralelo entre a atuação dos juristas desde a Operação Lava Jato e o movimento tenentista na década de 1930. Para Lynch (2017, p. 163), os juristas estariam comprometidos com a tarefa que acreditam ser sua missão: a de regenerar a política brasileira.

> Oriunda geralmente da classe média, legitimados intelectualmente pela aprovação em concurso público, e legalmente pelo papel de representantes funcionais da sociedade civil, esses promotores e juízes têm verdadeira ojeriza à política profissional, especialmente os ocupantes de cargos legislativos. Vistos como pragmáticos, incultos e mal-intencionados, os políticos profissionais viveriam exclusivamente da exploração de um eleitorado pobre e ignorante, desprezando as aspirações cívicas da sociedade civil, entendida como 'classe universal'. Imbuídos de um idealismo constitucional, os novos tenentes desejam regenerar a 'pureza' das instituições constitucionais de 1988, corrompidas pelos políticos 'carcomidos'.

Em entrevista recente (Sanches, 2018), Lynch afirma que tais juristas, diante do quadro de indignação generalizada que toma conta do país, veem-se como indivíduos que devem "fazer justiça" – algo próximo do aqui tratado voluntarismo político identificado por Rogério Arantes 20 anos atrás na atuação de promotores de justiça no manejo de ações civis públicas.

Ao longo de seus cinco anos, a Operação Lava Jato produziu resultados de relevo no cenário político nacional, tendo esta atravessado duas eleições presidenciais. Seja por seus "resultados", seja pelo cenário de crises econômica e política que temos vivido nos últimos anos, a operação tornou-se um sucesso por todo o Brasil, com crescente apoio da população.

Em janeiro de 2016, numa primeira pesquisa de opinião, o apoio à sua continuidade era de 79% (IPSOS, 2016), percentual que se elevou a 95% (IPSOS, 2018) em abril de 2018. Nas últimas eleições presidenciais, ela atinge, ainda que indiretamente, um papel de destaque para o resultado das urnas. Este, como se verá, consolida uma espécie de curto-circuito com a ideia da judicialização da política.

A gradual mudança na natureza das interfaces entre sistema de justiça e esfera política não pode ser creditada ou capturada por uma causa específica, nem mesmo se pode atribuir data para a sua ocorrência. Como mencionado na seção anterior, assistimos, ao longo dos anos 2000, a um movimento não organizado em que o direito passou a intervir no âmbito da política não mais apenas na dita judicialização de direitos, mas também na esfera criminal. É possível apontar que esse processo tem na Operação Lava Jato o seu cume, seja pela amplitude das investigações, pelo volume das condenações, seja pelo amplo apoio popular que angariou.

Muito disso é resultado de novos procedimentos e estratégias coordenadas levadas a cabo por seus agentes. Destacam-se, nesse contexto, o uso de conduções coercitivas, a exacerbação de prisões cautelares, os acordos de delação premiada e as condenações com penas elevadas. Tudo isso acarretou forte impacto político e eleitoral, que já pôde ser visto na eleição presidencial de 2014 e nas eleições municipais de 2016.

Entretanto, pelos desdobramentos até então obtidos, e por sua exploração midiática, a influência, e por que não dizer a intervenção, do jurídico sobre o político atingiu seu pico em 2018. Na seção seguinte, intentaremos articular os impactos criados pela Operação Lava Jato e suas congêneres no resultado que culminou com a ascensão de personagens de uma nova política, capitaneada pelo presidente eleito Jair Bolsonaro.

5 Produzindo o curto-circuito: juristas como cabos eleitorais da nova política

Como tratamos na seção anterior, é possível verificar uma mudança no padrão de intervenção do sistema de justiça no âmbito da política ao longo dos anos 2000. Embora sem uma definição clara de uma data ou razão específica para tal, ainda assim é possível afirmar-se que a Operação Lava Jato constitui-se no clímax desse processo. Seu lugar de destaque nesse movimento aparentemente difuso e não articulado deve-se tanto aos resultados obtidos, com prisões, condenações e o desvendamento de complexos esquemas de corrupção, como também

às próprias estratégias criadas por seus agentes. Nesse sentido, verifica-se uma série de inovações nas estratégias profissionais dos agentes públicos no âmbito da persecução criminal, todos de notável alcance midiático.

A partir de comportamentos institucionais e estratégias extrainstitucionais, membros do sistema de justiça, tanto das elites quanto de sua base, inauguraram uma espécie de cruzada por uma "faxina moral" da política brasileira. Com as competências institucionais, promoveu-se o controverso uso de diversos instrumentos jurídicos em colisão com garantias constitucionais ligadas à presunção de inocência, no afã de criminalizar eventuais envolvidos. Aqui se inscrevem as estratégias midiáticas de "apresentação" das investigações, a espetacularização de conduções coercitivas e prisões cautelares e os constantes vazamentos para veículos de comunicação do conteúdo de delações premiadas.

Ao lado disso, certos personagens do sistema de justiça desenvolveram determinadas estratégias alheias às suas funções que atingiram um papel complementar nessa missão de limpeza da política. A partir de posicionamentos fora dos canais institucionais, como artigos em jornais, *posts* em redes sociais e entrevistas, esses "faxineiros morais" buscaram angariar apoio popular às suas atuações.

Aliando informações dos processos em que atuam com interpretações particulares da história política brasileira, tais atores visaram a reforçar no público em geral uma particular visão sobre o Brasil: de que a corrupção veio com as primeiras caravelas portuguesas, sedimentando um regime patrimonialista que, desde então, comandado por políticos tradicionais, tornou-se nosso maior problema. Tais dinâmicas tiveram o efeito de consolidar um sentimento comum de aversão à política. Bastava que determinado político fosse ao menos citado em alguma das delações premiadas para ver seu capital eleitoral arruinado.

O processo – aqui utilizado nos dois sentidos: o de processo judicial e o de dinâmica encadeada no tempo – de produção da verdade jurídica também organizou de forma particular uma narrativa sobre a corrupção no Brasil. Pelos seus silêncios, organizou dois focos prioritários: os governos do PT e o setor de infraestrutura. Porém, sua eloquência concentrou-se no pressuposto de que os esquemas de corrupção consistiam no achacamento que o empresariado sofreu por parte da classe política.

Para além de alimentar fortemente a onda populista e conservadora, essa narrativa impede-nos de promover o combate à corrupção com vigor para fora de outras forças políticas que não o PT, em outras esferas da economia que não a de infraestrutura (setor bancário, por exemplo) e em direção à formação de cartéis

e oligarquias corporativas alimentadas por contratos e concessões públicas. Esse combate à corrupção serve a alguns propósitos, não ao de combater a corrupção.

Nas eleições de 2018, quando tais estratégias institucionais e extrainstitucionais já se encontravam cristalizadas e operavam frutos, membros dos sistemas de justiça promoveram intervenções diretas no pleito com a adoção de procedimentos jurídicos contra investigados que figuravam como candidatos. No plano das elites jurídicas, um dos mais recentes exemplos foi a prisão do ex-presidente Lula, líder das pesquisas na corrida presidencial até a impugnação de sua candidatura, obrigado a cumprir pena em regime fechado antes de sua condenação definitiva.

Mesmo havendo maioria para determinar a inconstitucionalidade da prisão antes do trânsito em julgado da condenação, a presidente do Supremo Tribunal Federal, exercendo seu poder de controle de agenda, recusou-se a pautar a ação que favoreceria Lula. Assim, priorizou um *habeas corpus* preventivo impetrado em favor do ex-presidente, e não uma Ação Direta de Constitucionalidade, esta de notório interesse público. Num plano capilar, são exemplos recentes as prisões preventivas, no curso da campanha eleitoral de 2018, dos candidatos ao Senado Beto Richa e Marcone Perilo, ambos do PSDB.

O resultado das eleições para o Congresso Nacional dá claros indícios do sucesso dessa empreitada. Na Câmara dos Deputados, houve uma renovação de 52% das cadeiras, a maior desde 1994, enquanto, no Senado Federal, o índice foi de 87%, a maior da história. Os três maiores partidos registraram queda no número total de votos quando comparado às eleições de 2014. As maiores derrotas ocorreram com o MDB e o PSDB, que elegeram quase a metade dos deputados em comparação ao pleito anterior. No Senado, PT, PSDB e MDB perderam, juntos, 48% das cadeiras de que dispunham.

Espelha essas mudanças o destino que tomaram os envolvidos na Operação Lava Jato, nenhum deles condenado em definitivo. Dos 77 que disputaram as eleições, 43 foram derrotados e 34 vitoriosos. Entre os perdedores figuram nomes de peso da política nacional, como os emedebistas Romero Jucá e Eunício Oliveira; os tucanos Cássio Cunha Lima, Beto Richa e Marcone Perilo; e os petistas Lindbergh Farias e Dilma Rousseff. Incluem-se nesse grupo dois dos presidenciáveis derrotados: Geraldo Alckmin e Fernando Haddad.

Uma das decorrências desse processo foi a ascensão de *outsiders* na política, que emergiram reforçando o sentimento de limpeza moral e colocando-se como alternativa. Na contramão das perdas eleitorais dos grandes partidos, o Partido

Social Liberal (PSL), partido do novo presidente, atingiu um crescimento vertiginoso: saltou de uma para 53 cadeiras na Câmara, com alta de 1.341% em seus votos totais para a casa, sagrando-se a segunda maior bancada. O PSL, ao lado da Rede, foi também o que mais elegeu para o Senado, saltando de nenhum senador para quatro. O partido também cresceu nos estados, indo de nenhum para três governadores.

O resultado eleitoral do Rio de Janeiro é um dos mais emblemáticos nessa conjuntura. Devastado por uma grave crise financeira, o estado viu suas maiores lideranças políticas serem presas na seção carioca da Operação Lava Jato. Estão presos ex-governadores e ex-presidentes da Assembleia Legislativa. Além destes, o ex-prefeito Eduardo Paes já havia sido mencionado diversas vezes em delações obtidas na operação.

Paes, até então líder nas pesquisas para o governo do estado, foi derrotado pelo desconhecido Wilson Witzel (PSC). Ex-juiz federal, o novo governador adotou como discurso central de campanha o tema da corrupção e da segurança pública. Fundamental para sua vitória foi o apoio e o alinhamento com a família Bolsonaro. O MDB, partido dos principais políticos cariocas, perdeu 10 das 15 cadeiras de que dispunha na Assembleia Legislativa.

O coroamento dessa empreitada antipolítica veio apenas três dias após a vitória de Jair Bolsonaro. Em primeiro de novembro, o eleito selou a nomeação de Sérgio Moro, a estrela maior, em sentido amplo, da Lava Jato como seu ministro da justiça. Com isso, o grande protagonista da faxina moral da política, personagem central do *impeachment* de Dilma Rousseff em 2016 e da prisão do ex-presidente Lula em 2018, tornou-se um dos principais membros da equipe do novo presidente, que, em certa medida, foi o maior beneficiário da cruzada que levou à derrocada dos grandes partidos e de suas lideranças.

6 Conclusão

Assim como não podemos apontar com segurança o que acontecerá com a Nova República nos próximos quatro anos, tampouco podemos indicar o que acontecerá com a “cruzada moral” do sistema de justiça contra a política. Com a ascensão das novas forças, não se pode mais que especular qual será a posição do diversificado e fragmentado corpo de juristas diante dos igualmente imprevisíveis rumos da política. Não se sabe até que ponto as elites e as bases das instituições jurídicas seguirão com a postura belicosa que temos visto ao longo dos governos

do PT ou se adotarão um comportamento mais contido dando por encerrada sua missão de faxina moral.

Para além dessa cruzada, será importante observar como o sistema de justiça portar-se-á diante das controvérsias propostas pelo novo governo em questões identitárias e sociais, tais como o moralismo nos costumes, as questões indígena e agrária, a perseguição a movimentos sociais e universidades e a crítica aos direitos humanos.

Em muitas dessas pautas, os avanços que experimentamos foram levados a cabo numa das primeiras dimensões da judicialização da política, sobretudo quanto à judicialização de políticas públicas e de pautas identitárias. Certamente, essas promessas de campanha de Jair Bolsonaro serão levadas, pela oposição ou pelo Ministério Público, à apreciação do Judiciário que, ao ter que agir, dar-se-á mais um indício da relação entre política e justiça neste novo cenário.

Referências

Almeida, F. N. “As elites da justiça: instituições, profissões e poder na política da justiça brasileira”. *Revista de Sociologia e Política*, v. 22, p. 77-95, 2014.

______. “Os juristas e a política no Brasil: permanências, deslocamentos e reposicionamentos”. *Lua Nova*, v. 97, p. 213-250, 2016.

Arantes, R. B. “Judiciário e democracia no Brasil”. *Novos Estudos Cebrap*, n. 54, 1999.

______. *Ministério Público e política no Brasil*. São Paulo: Sumaré/Educ, 2002.

______. “Judiciário: entre a justiça e a política”. In Avelar, L. e Cintra, A. O. (org.). *Sistema político brasileiro: uma introdução*. São Paulo: UNESP, 2015a. p. 81-116.

______. “Rendición de cuentas y pluralismo estatal en Brasil: Ministerio Público y Policía Federal”. *Desacatos (CIESAS)*, v. 49, p. 28-47, 2015b.

Avritzer, L. e Marona, M. C. “Judicialização da política no Brasil: ver além do constitucionalismo liberal para ver melhor”. *Revista Brasileira de Ciência Política – RBCP*, p. 69-94, 2014.

Bonelli, M. G. e Benedito, C. P. “Processos globalizantes na advocacia paulista: estratificação genderizada nas sociedades de advogados e nos negócios do Direito”. In ______ e Siqueira, W. L. (org.). *Profissões republicanas: experiências brasileiras no profissionalismo*. São Carlos: EdUFSCar/Fapesp, p. 83-106, 2016.

______ “Carreiras jurídicas e vida privada: interseções entre trabalho e família”. *Cadernos Pagu*, v. 46, p. 245-277, 2016.

Carvalho, E. “Em busca da judicialização da política no Brasil: apontamentos para uma nova abordagem”. *Revista de Sociologia e Política*, n. 23, p. 127-39, 2004.

______. "Judicialização da política no Brasil: controle de constitucionalidade e racionalidade política". *Análise Social*, v. 44, p. 315-35, 2009.

Carvalho, E. et al. Judicialización de la Política y Grupos de Presión en Brasil: intereses, estrategias y resultados. *América Latina Hoy*, v. 72, p. 59-88, 2016.

Cunha, L. G. et al. "O Judiciário que temos é o que queremos?" In Fontainha, F. C e Geraldo, P. H. B. (org.). *Sociologia Empírica do Direito*. Lisboa: Juruá, 2016. p. 311-326.

Da Ros, L. *Mayors in the dock: judicial responses to local corruption in Brazil* (Tese). Universidade de Illinois, Chicago, 2014.

______. "O custo da justiça no Brasil: uma análise comparativa exploratória. Observatório de elites políticas e sociais do Brasil". *NUSP/UFPR*, v. 2, p. 1-15, 2015.

Engelmann, F. "Sentidos políticos da Reforma do Judiciário no Brasil". *Revista Direito e Práxis*, v. 6, p. 395-412, 2015.

______. "Julgar a política, condenar a democracia? Justiça e crise política no Brasil". *Conjuntura Austral*, v. 7, p. 9-16, 2016a.

______. "Un coup d'Etat de droit? Retour sur la crise politique brésilienne". BLOG Do you Law ? La Libération, Paris, 2016b.

Fontainha, F. C. *Juízes empreendedores: um estudo a partir da informatização dos tribunais brasileiros*. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2012.

______. "Interação estratégica e concursos públicos: uma etnografia do concurso da Magistratura Francesa. *Dados*, v. 58, p. 1.057-1.098, 2015.

______ e Geraldo, P. H. B. (org.). *Sociologia Empírica do Direito*. Lisboa: Juruá, 2016.

______ e Lima, Amanda Evelyn Cavalcanti. "Judiciário e crise política no Brasil hoje: do mensalão à Lava Jato". In Feres Jr., João e Kerche, Fábio (org.). *Operação Lava Jato e a democracia brasileira*. São Paulo: Contracorrente, 2018. p. 53-68.

______ et al. "O concurso público brasileiro e a ideologia concurseira". *Revista Jurídica da Presidência*, v. 16, p. 671-702, 2015.

______ et al. "The over-indebtedness in action: an ethnographic research at NUDECON/Brazil". *International Journal of Sociology and Anthropology*, v. 7, p. 21-37, 2015.

______ et al. (org.). *História oral do Supremo*. 15 Volumes. Rio de Janeiro: FGV Direito Rio, 2014-2016.

______ et al. "Por uma Sociologia Política do Direito no Brasil". *Revista Brasileira de Sociologia*, v. 5, p. 29-47, 2017.

Geraldo, P. H. B. "Practical solutions: praxiological analysis of judgments in civil hearings". In Dupret, B. et al. (org.). *Law at work: studies in Legal Ethnomethods*. Oxford: Oxford University Press, 2015. p. 63-85.

IPSOS. "Pulso Brasil: corrupção, PT e Lava Jato". Ipsos Public Affairs 2016. Jan, 2016.

IPSOS. "Pulso Brasil: Lava Jato". Ipsos Public Affairs: São Paulo, v. 161, ago 2018.

Kerche, F. "O Ministério Público no Brasil: relevância, características e uma agenda para o futuro". *Revista USP*, v. 101, p. 113-120, 2014.

Koerner, A. e Schilling, F. "O direito regenerará a República? Notas sobre política e racionalidade jurídica na atual ofensiva conservadora". In Cruz, S. V. et al. (org.). *Direita, volver! o retorno da direita e o ciclo político*. São Paulo: Fundação Perseu Abramo, 2015. p. 75-90.

______ et al. "Dez anos de racionalização da gestão judicial no Brasil: efeitos e perspectivas". *Revista Direito e Práxis*, v. 6, p. 326-364, 2015.

Lima, R. K. "Entre as leis e as normas: éticas corporativas e práticas profissionais na segurança pública e na Justiça Criminal". *Dilemas – Revista de Estudos de Conflito e Controle Social*, v. 6, n. 4, p. 549-580, 2013.

______. "Tradição judiciária inquisitorial, desigualdade jurídica e contraditório em uma perspectiva comparada". In Resende, J. M. et al. (org.). *As artes de (re)fazer o mundo? Habitar, compor e ordenar a vida em sociedade*. Portalegre: Instituto Politécnico de Portalegre, 2016. p. 337-350.

______ et al. "Instrumentos e interferências no desempenho do judiciário brasileiro: uma abordagem empírica, multidisciplinar e comparativa". In Stoco, R. e Penalva, J. (org.). *Dez Anos de Reforma do Judiciário e o nascimento do Conselho Nacional de Justiça*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 373-394.

Lynch, C. "Ascensão, fastígio e declínio da Revolução Judiciarista". *Insight Inteligência*, Rio de Janeiro, v. 79, p. 158-168, 2017.

Maciel, D. A. e Koerner, A. "Sentidos da judicialização da política: duas análises". *Lua Nova*, n. 57, p. 113-33, 2002.

Oliveira, V. E. "Judiciário e privatizações no Brasil: existe uma judicialização da política?". *Dados – Revista de Ciências Sociais*, Rio de Janeiro, v. 48, n. 3, p. 559-587, 2005.

Oliveira, F. L. "Agenda Suprema – interesses em disputa no controle de constitucionalidade das leis no Brasil". *Tempo Social*, v. 28, p. 105-133, 2016.

Oliveira, L. R. C. *Cidadania, direitos e diversidade*. Anuário Antropológico. Brasília, UnB, v. 40, n. 1, p. 43-53, 2014.

Pastore, A. L. et al. "Presentación. Dossier Antropología del derecho en Brasil". *Revista Euroamericana de Antropología*, n. 2, p. 3-7, 2016.

Pogrebinschi, T. *Judicialização ou Representação? Política, Direito e Democracia no Brasil*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2011.

Sadek, M. T. "Justiça Eleitoral e a legitimidade do processo eleitoral". In Dantas, H. e Carvalho, E. (org.). *Justiça Eleitoral*. Rio de Janeiro: Fundação Adenauer, p. 7-11, 2014.

______. "CNJ: impactos no Judiciário e na sociedade". In Stoco, R. e Penalva, J. (org.). *Dez Anos de Reforma do Judiciário e o nascimento do Conselho Nacional de Justiça*. São Paulo: Revista dos Tribunais, p. 293-312, 2015.

Sanches, Mariana. "'O Supremo tornou-se hoje o órgão mais poderoso da República', diz cientista político. [Entrevista de Christian Lynch]. *BBC Brasil*. São Paulo, 06 mai. 2018. Disponível em: http://www.bbc.com/portuguese/brasil-44013517. Acesso em: 04 abr. 2019.

Silva, J. M. *Jurisdição constitucional em Espanha (1981-1992) e Brasil (1988-1997)* (Tese). UERJ, 2016.

Tate, N. e Valinder, T. *The global expansion of judicial power*. New York: New York University Press, 1992.

Taylor, Matthew M. e Da Ros, Luciano. "O Judiciário e as políticas públicas no Brasil". *Dados*, v. 50, n. 2, p. 229-257, 2007.

Vannucchi, M. A. "O corporativismo dualista: conselhos profissionais e sindicatos no Brasil, 1930-1964". *Estudos Ibero-Americanos*, v. 42, p. 471-499, 2016.

Veronese, A. "A judicialização da política na América Latina: panorama do debate teórico contemporâneo". *Escritos (Fundação Casa de Rui Barbosa)*, v. 3, p. 215-265, 2009.

Vianna, Luiz Werneck et al. *A judicialização da política e das relações sociais no Brasil*. Rio de Janeiro: Revan, 1999.

______ et al. "Dezessete anos de judicialização da política". *Tempo Social*, v. 12, n. 2, p. 39-85, 2007.

______. "Juízes e judiciário: tópicos para uma discussão". *Boletim CEDES*, p. 1-6, 2013.

______ e Perlatto, F. "Judges, their Associations, and Politics". Notes of a Research Agenda. Sociologies in Dialogue, *Journal of the Brazilian Sociological Society*, Porto Alegre, v. 1, n. 1, p. 92-105, 2015.

Sobre os autores e organizadores

André Rodrigues
Doutor em Ciência Política pelo IESP-UERJ, Professor Adjunto da UFF. E-mail: rodrigues.andrelj@gmail.com.

Andrés del Río
Doutor em Ciência Política pelo IESP-UERJ, Professor Adjunto da UFF e Pesquisador do INCT-PPED. Chefe do Departamento de Geografia e Políticas Públicas DGP-IEAR-UFF. Coordenador do Núcleo de Estudos sobre Estado Instituições e Políticas Públicas NEEIPP-UFF. E-mail: andresdelrio@id.uff.br.

Azul A. Aguiar Aguilar
Doctora en Ciencia Política por la Universidad de Florencia, Italia. Es profesora-investigadora de tiempo completo en el ITESO, Universidad Jesuita de Guadalajara. Sus líneas de investigación son política judicial, democracia y política comparada. Es editora del libro Gobierno y política judicial en México (IJJ-UNAM, TEPJF y Fontamara). Sus publicaciones aparecen en revistas internacionales y nacionales indizadas y como capítulos en libros especializados. Ha sido investigadora visitante en el GIGA Institute en Hamburgo, Alemania y profesora visitante en la Universidad de Pisa, Italia. Desde 2014 es miembro del Sistema Nacional de Investigadores del CONACyT, nivel I (2020-2023). E-mail: azul.america@gmail.com.

Bruno Alex Londero
Mestre em Políticas Públicas pela UFRGS. Auditor Público Externo do Tribunal de Contas do Rio Grande do Sul. Professor e Coordenador do Curso de Ciências Contábeis da Faculdade Cenecista de Gravataí.
E-mail: brunolondero@hotmail.com.

Cora Hagino
Pós-doutoranda no Programa de Pós-Graduação em Sociologia e Direito da UFF. Possui pós-doutorado na Fundação Casa de Rui Barbosa. É doutora pelo Programa Direito, Justiça e Cidadania no século XXI do Centro de Estudos Sociais da Universidade de Coimbra, Portugal. É mestre pelo Programa de Pós-Graduação em Sociologia e Direito da Universidade Federal Fluminense e possui graduação em Direito pela mesma universidade. E-mail: corahisae@hotmail.com.

Daniel Bogéa
Mestre em Ciência Política pela Universidade de Brasília e Mestre em Direito Constitucional pela Universidade de São Paulo. Pesquisador do Observatório do TCU da FGV Direito SP + Sociedade Brasileira de Direito Público – SBDP. Advogado e cientista político em Brasília. E-mail: danielvbs@gmail.com.

Fabiana Luci de Oliveira
Doutora em Ciências Sociais pela UFSCar, com pós-doutorado em Ciência Política pela USP. Professora do Programa de Pós-Graduação em Sociologia da UFSCar e Bolsista de Produtividade em Pesquisa do CNPq. E-mail: fabianaluci@ufscar.br.

Fábio Kerche
Doutor em Ciência Política pela USP e pesquisador titular da Fundação Casa de Rui Barbosa. Professor permanente do Programa de Pós-Graduação em Ciência Política da UniRio e colaborador do IESP-UERJ. É autor de *Virtude e Limites: autonomia e atribuições do Ministério Público no Brasil* (Edusp, 2009) e organizador, junto com João Feres Jr., de *Operação Lava Jato e a Democracia Brasileira* (Contracorrente, 2018). E-mail: fkerche@gmail.com.

Fabiola Fanti
Doutora em Ciências Sociais pela Universidade Estadual de Campinas (UNICAMP), professora visitante na Universidade Federal de São Paulo (UNIFESP) e pesquisadora do Centro Brasileiro de Análise e Planejamento (CEBRAP). E-mail: fanti.fabiola@gmail.com.

Fernando de Castro Fontainha
Atualmente é Professor do Instituto de Estudos Sociais e Políticos da Universidade do Estado do Rio de Janeiro – IESP-UERJ, onde exerce a função de Diretor. É coordenador do Núcleo de Pesquisas em Direito e Ciências Sociais – DECISO. É Pesquisador Associado do CEPEL – Centre d'Études Politiques

de l'Europe Latine (UMR5112). É bolsista de Produtividade em Pesquisa do Conselho Nacional de Desenvolvimento Científico e Tecnológico – CNPq e bolsista "Jovem Cientista do Nosso Estado – JCNE" da Fundação Carlos Chagas Filho de Amparo à Pesquisa do Estado do Rio de Janeiro – FAPERJ. Possui doutorado em Ciência Política pela UM1 – Université de Montpellier 1 (2011). Atua na área de Sociologia do Direito. E-mail: fernando.fontainha@iesp.uerj.br.

Frederico de Almeida
Doutor em Ciência Política pela Universidade de São Paulo (USP) e professor do Departamento de Ciência Política do Instituto de Filosofia e Ciências Humanas da Universidade Estadual de Campinas (UNICAMP), onde também é professor permanente do Programa de Pós-Graduação em Ciência Política e pesquisador do Centro de Estudos Internacionais e de Política Contemporânea (CEIPOC). É pesquisador do Instituto Nacional de Ciência e Tecnologia para Estudos sobre os Estados Unidos (INCT-INEU) e coordenador do Laboratório de Estudos de Política e Criminologia (PolCrim). E-mail: almeidaf@unicamp.br.

João Pedro Pacheco
Mestre em Direito pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ). Doutorando em Sociologia pelo Instituto de Estudos Sociais e Políticos (IESP-UERJ). Pesquisador vinculado ao Núcleo de Pesquisas em Direito e Ciências Sociais (DECISO) do IESP-UERJ. Bolsista CNPq. E-mail: joao_pacheco-01@hotmail.com.

Juliane Sant'Ana Bento
Doutora em Ciência Política pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul. Professora do Programa de Pós-Graduação em Ciências Sociais da Universidade do Vale do Rio dos Sinos (UNISINOS). Pesquisadora do Núcleo de Estudos em Justiça e Poder Político (NEJUP) do Departamento de Ciência Política da UFRGS. Foi pesquisadora visitante no Centre de Recherche Politique de la Sorbonne (CRPS)/ Centre Européen de Sociologie et de Science Politique (CESSP), da Universidade Paris 1 Panthéon-Sorbonne. E-mail: julianebento@unisinos.br.

Julio Ríos-Figueroa
Doctor en Ciencia Política por la Universidad de Nueva York (NYU), y Profesor Asociado en el Departamento de Derecho del ITAM (México). Su e-mail es julio.rios@itam.mx y sus trabajos se pueden consultar en https://rios-figueroa.com/.

Leonardo Geliski
Doutorando no Programa de Pós-Graduação em Políticas Públicas da Universidade Federal do Rio Grande do Sul (UFRGS). Mestre em Políticas Públicas pela UFRGS. Graduado em Direito pelo Centro Universitário Ritter dos Reis (UNIRITTER) e em Políticas Públicas pela UFRGS. Pesquisador do Núcleo de Estudos em Direitos, Democracia, Instituições e Políticas Públicas (NEDIPP-UFRGS). E-mail: leonardo.geliski@ufrgs.br.

Lígia Mori Madeira
Doutora em Sociologia e professora associada do Departamento de Ciência Política da UFRGS. Coordenadora do PPG em Políticas Públicas e do Núcleo de Estudos em Direitos, Democracia, Instituições e Políticas Públicas (NEDIPP-UFRGS). Bolsista de Produtividade 2 do CNPq. E-mail: ligiamorimadeira@gmail.com.

Luciano Da Ros
Professor adjunto do Departamento de Sociologia e Ciência Política da Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC). Concluiu doutorado em Ciência Política pela University of Illinois at Chicago. É coordenador do projeto de pesquisa “Respostas Judiciais à Corrupção no Brasil: Fundamentos e Experiências”, financiado pelo Conselho Nacional de Desenvolvimento Científico e Tecnológico – CNPq. Possui experiência em pesquisa nas áreas de ciência política e políticas públicas, com ênfase na análise de instituições do sistema de justiça e de controle externo e interno da administração pública. E-mail: daros.luc@gmail.com.

Marjorie Marona
Doutora em Ciência Política e professora adjunta do Departamento de Ciência Política da UFMG. Membro permanente do Programa de Pós-Graduação em Ciência Política da UFMG. Pesquisadora do INCT/IDDC – Instituto da Democracia e Democratização da Comunicação. Coordenadora no Núcleo de Pesquisa “Observatório da Justiça no Brasil e na América Latina” (OJb-AL/UFMG). E-mail: maronamarjorie@gmail.com.

Roberto Gargarella
Sociólogo, abogado y Doctor en Derecho por la Universidad de Buenos Aires, L.L.M. por la University of Chicago Law School, Master en Ciencia Política por la Facultad Latinoamericana de Ciencias Sociales, J.S.D. por la University of

Chicago, y Post-Doctorado en la Balliol College, Oxford. Es profesor invitado de la Escuela de Derecho de la UTDT, y profesor titular de la Facultad de Derecho de la UBA. E-mail: roberto.gargarella@gmail.com.

Vanessa Elias de Oliveira
Doutora em Ciência Política pela USP. Professora associada da UFABC e Pesquisadora do CNPq. E-mail: vanessa.oliveira@ufabc.edu.br.

A última onda de democratização na América Latina delegou à Justiça o duplo papel de efetivação de direitos e de controle do poder político. Segundo os capítulos reunidos nesta coletânea, essa aposta produziu resultados contraditórios. Em alguns contextos, a Justiça contribuiu para a conquista de inúmeros direitos, muitas vezes, a partir da mobilização da sociedade. Em outros, sob o discurso da independência necessária, seus integrantes apenas amealharam vantagens corporativas, fortalecendo a si mesmos, mas não o Estado de Direito. Em outros, ainda, a Justiça se lançou à moralização da política, mas converteu-se em instrumento da competição política e, na sua pior forma, colaborou para a desestabilização do regime democrático.

Do otimismo à perplexidade, assistimos à ascensão e à crise da Justiça nas democracias latino-americanas. Além de propiciar uma visão ampla e crítica desses processos, esta obra expressa a competência da pesquisa empírica e a maturidade teórica alcançadas pela Ciência Política dedicada ao estudo das relações entre Justiça e Democracia.

ROGÉRIO ARANTES

ISBN 978-65-8794-954-3